Die Vorgeschichte des § 326 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

vorgelegt von

Alfons Lasker,
Referendar.

Breslau 1909.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Meiner Mutter

und dem

Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548211_0167

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. Inhalt des § 326 B.G.B. — Präzisierung der Aufgabe 1

I. Teil. Die Wirkungen des Leistungsverzuges beim gegenseitigen Vertrage im römischen Recht.

A. Die Konsensualkontrakte:

§ 2. Konstruktion der Konsensualkontrakte 3

§ 3. Quellenstellen 13

§ 4. Fortsetzung 18

B. § 5. Die Innominatkontrakte 24

C. § 6. Rückblick 26

II. Teil.

§ 7. Deutsches Recht 27

III. Teil. Das gemeine Recht.

A. § 8. Standpunkt des gemeinen Rechts 31

B. Begründung des gemeinrechtlichen Rücktritts:

§ 9. Der Versuch einer Herleitung aus dem Interessebegriff 34

§ 10. Der Versuch einer Herleitung aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages 39

§ 11. Herleitung des Rücktrittsrechtes aus praktischen Gründen 41

C. § 12. Rückblick 46

D. § 13. Ausgangspunkt der Weiterentwicklung 47

IV. Teil.

§ 14. Das französische Recht 52

V. Teil. Das preußische allgemeine Landrecht.

§ 15. Standpunkt des preußischen Landrechtes 55

§ 16. Allgemeine Rücktrittsbestimmungen 57

§ 17. Besondere Rücktrittsbestimmungen 63

§ 18. Ergebnis 64

VI. Teil. Seite

§ 19. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch . . . 64

VII. Teil.

§ 20. Einzelne deutsche zivilrechtliche Kodifikationen und Entwürfe 72

VIII. Teil. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

§ 21. Stellung des Entwurfes erster Lesung 75

§ 22. Beurteilung des Entwurfes 77

§ 23. Stellung des Entwurfes zweiter Lesung 78

Schluß.

§ 24. Bedeutung des § 326 B.G.B. 83

Literatur-Verzeichnis.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich vom Jahre 1811.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. Leipzig 1895.

— Grundriß des germanischen Rechts. Straßburg 1901.

Auer: Das Stadtrecht von München. München 1810.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. I. Erlangen 1876.

Bielitz: Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten. Bd. I u. II. Erfurt 1823—24.

Bornemann: Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechts. Bd. II. 2. Aufl. Berlin 1843.

Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1905.

Code civil des Français.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. Wien und Leipzig 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. Heidelberg 1868.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. II. 4. Aufl. Halle 1889.

— Pandekten. Bd. II. 7. Aufl. Berlin 1903.

Eiswaldt: Rücktritt und Zurückweisung. Diss. Erlangen 1896.

Reichsgericht: Entscheidungen Bd. IV.

Reichsoberhandelsgericht: Entscheidungen Bd. XXIV.

Erxleben: Die Condictiones sine causa. Bd. II. Göttingen 1853.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1906.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. Bd. I. 6. Aufl. Berlin 1892.

Fritz: Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. 3. Heft. Freiburg 1839.

Gans: Über römisches Obligationenrecht. Heidelberg 1821.

Gelpcke: Zeitschrift für Handelsrecht. I. Heft. Berlin 1852.

Gerber: System d. deutschen Privatrechts. 12. Aufl. Jena 1875.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 4. Erlangen 1796.

Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

Grävell: Die Generaltheorie der Verträge. Halle 1821.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts. 3. Jahrgang. Hamm 1859.

Hachenburg: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines B.G.B. Heft 2. Berlin 1888.

v. Hahn: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II. Braunschweig 1883.

Hammer: Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen (Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte XIX). Breslau 1885.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1887.

Huber: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Basel 1893.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

Jacobsohn: Rücktrittsrecht des Gläubigers in Mora debitoris. Diss. Erlangen 1900.

Keller: Pandekten (Ausgabe Friedberg). Leipzig 1861.

— In Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechts. Bd. IV, 11. Leipzig 1860.

Keutner: Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge im B.G.B. Diss. Erlangen 1899.

Kipp: Gutachten VII in den Verhandlungen (Band I) des 27. Deutschen Juristentages von 1904 (Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?).

Kniep: Die mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht. Rostock 1871—1872.

Koch: Das Recht der Forderungen. Bd. III. 2. Aufl. Berlin 1860.

Krueger u. Studemund: Gai institutiones. Berolini MDCCCXCI.

v. Kübel: Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich, II. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. I. Allgemeiner Teil mit Begründung. Vorlage des Redaktors. Berlin 1882.

Laband: Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht. Berlin 1863.

Lehmann: Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen. Dresden 1891.

Liebe: Die Stipulation und das einseitige Versprechen. Braunschweig 1840.

Madai: Die Lehre von der mora. Halle 1837.

Merkel: Lex Salica. Berlin 1850.

Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Braunschweig 1853—1855.

Motive zum Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

Pauli: Neues Archiv für Handelsrecht (Voigt und Heineken). Hamburg 1858—1866.

Planck: Kommentar zum B.G.B. Bd. II. 1. Aufl. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Nürnberg und Hamburg 1857—1861.

Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts. Dresden 1863—1866.

Protokolle zum Entwurf erster Lesung eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Ungedruckt.

Protokolle der zweiten Kommission zum Entwurf eines B.G.B. (Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. Bd. II). Berlin 1899.

Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. II. 6. Aufl. Leipzig 1874.

Regelsberger: Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 50, 2.

Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten mit Erläuterungen. Bd. I, II. 4. Aufl. Berlin 1890.

Römer: In der Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht (Herausg. Goldschmidt). Bd. 19, IV.

v. Savigny: Das Obligationenrecht. Bd. II. Berlin 1853.

Schmidt: Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte XVIII). Breslau 1886.

Seuffert: Praktisches Pandektenrecht. 4. Aufl. Würzburg 1860—1872.

— Zur Geschichte d. obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881.

— Blätter f. Rechtsanwendung. Bd. 13. Erlangen 1836—1880.

— Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München seit 1847.

Siebenhaar: Kommentar zum B.G.B. für das Königreich Sachsen. Bd. II. 2. Aufl. Leipzig 1872.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II. 3. Aufl. Leipzig 1869.

Sjögren: Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.

Schneider-Fick: Das schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1892.

Schüler: Das Rücktrittsrecht wegen mora solvendi. Dissertat. Greifswald 1903.

Schuster: Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch. Wien 1873.

Staub: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1892.

Steinhauer: Die Entwicklung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen im römisch-gemeinen Recht und im B.G.B. Diss. Rostock 1903.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. III. 2. Aufl. Berlin 1885.

Stryk: Specimen usus moderni Pandectarum. Magdeburg 1745 bis 1749.

Thibaut: System des Pandektenrechts. 9. Ausg. Jena 1846.

Thöl: Handelsrecht. Bd. I. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Tiktin: De natura bilateralium obligationum. Diss. Berolini MDCCCLXVII.

Türcke: Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen. Diss. Göttingen 1891.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Wächter: Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 15.

Warnkönig-Stein: Französische Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II. Basel 1875.

v. Wening-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. II. 4. Aufl. München 1832.

Windscheid: Pandekten. Bd. II. 9. Aufl. Frankfurt a/M. 1906.

Wolff: Zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841.

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B. (Bekker und Fischer, Beiträge, 7. u. 8. Heft.) Berlin u. Leipzig 1889.

Einleitung.

§ 1. Inhalt des § 326 B.G.B. — Präzisierung der Aufgabe.

Die allgemeinen Wirkungen des Leistungsverzuges bestimmt der § 286 B.G.B. Danach kann der Gläubiger von dem Schuldner Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens, oder, falls die Leistung infolge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Der § 326 B.G.B. regelt die besonderen Wirkungen des Leistungsverzuges bei gegenseitigen Verträgen. Er gibt dem nichtsäumigen Teile nach seiner Wahl das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.

Diese beiden Rechte knüpft er an die Voraussetzung des fruchtlosen Ablaufs einer angemessenen Frist, welche der nichtsäumige Teil dem säumigen mit der Androhung der nachherigen Ablehnung der Leistung zu bestimmen hat. Nur für den Fall, daß die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den nichtsäumigen Teil kein Interesse hat, entfällt die Notwendigkeit der Fristsetzung.

Ist die von dem nichtsäumigen Teil gesetzte Frist fruchtlos verstrichen, so hat er die ihm in diesem Paragraphen zugewiesenen Rechte unter Ausschluß des Erfüllungs-

anspruchs. Ist die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so hat er nur das Recht, Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung zu verlangen oder hinsichtlich des nichtgeleisteten Teils vom Vertrage zurückzutreten. Dagegen steht ihm das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten, nur unter der weiteren Voraussetzung zu, daß die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat.

Der § 326 handelt von zwei Rechten: von dem Rücktrittsrecht und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Schadensersatzanspruch hat den rechtlichen Bestand des Vertrages zur Voraussetzung; denn indem er sich unmittelbar auf Nichterfüllung des Vertrages gründet, gründet er sich mittelbar auf das Bestehen des Vertrages selbst. Dagegen bringt der Rücktritt den Vertrag mit rückwirkender Kraft zur Auflösung; er schafft daher einen Rechtszustand, als ob der Vertrag niemals bestanden haben würde.

Eine Vorgeschichte des § 326 hat dementsprechend Antwort auf die Frage zu geben:

Wie haben sich die bezeichneten Rechte: das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Wirkungen des Leistungsverzuges beim gegenseitigen Vertrage historisch entwickelt?

I. Teil.

Die Wirkungen des Leistungsverzuges beim gegenseitigen Vertrage im römischen Recht.

A. Die Konsensualkontrakte.

§ 2. Konstruktion der Konsensualkontrakte.

Nach römischer Auffassung konnte bei gegenseitigen Konsensualkontrakten, z. B. beim Kauf, von einem Rücktritt wegen ausgebliebener Gegenleistung keine Rede sein. Denn der Rücktritt bedeutet Auflösung des Vertrages, und das Recht, einen Vertrag aufzulösen, kann sich naturgemäß nur auf einen Umstand gründen, der den Bestand des Vertrages irgendwie erschüttert; diese Fähigkeit hat aber das römische Recht dem Ausbleiben der Gegenleistung niemals zugesprochen. Es war das die Folge einer Konstruktion des gegenseitigen Vertrages, welche die Leistungs- und Gegenleistungsverpflichtung in keine rechtliche Wechselbeziehung brachte, sondern sie selbständig und unabhängig voneinander bestehen ließ. Da die Römer ursprünglich nur an einseitige Verträge gewohnt waren, wo ein Gläubiger einen Schuldner seiner Macht unterwarf, so war ihnen auch der gegenseitige Vertrag nicht viel mehr als eine bloße Kombination zweier einseitiger Verträge, deren wirtschaftliche Einheit sich nicht zu einer rechtlichen erheben konnte.

Diese Auffassung von der relativen Unabhängigkeit der Obligationen des gegenseitigen Vertrages wird namentlich von Dernburg[1]) vertreten. Er sucht seinen Standpunkt historisch zu entwickeln, indem er davon ausgeht, daß es ursprünglich bei den Römern einen synallagmatischen Vertrag überhaupt nicht gegeben habe. Die Beschränkung

[1]) Dernburg, Kompensation S. 48.

der in der Kaiserzeit anerkannten verbindlichen Kraft des Konsenses auf Kauf, Miete, Mandat und Gesellschaft ist eine so willkürliche, daß sich in den Konsensualverträgen überhaupt kein Prinzip, sondern nur eine Ausnahme erkennen läßt. Daher muß die Unverbindlichkeit des bloßen Konsenses als der ursprüngliche römische Grundsatz gelten.

In der ältesten Zeit bewegte sich der obligatorische Rechtsverkehr zweifellos hauptsächlich in Stipulationen, und um den Effekt eines gegenseitigen Vertrages zu erreichen, ließ sich z. B. der Käufer durch eine besondere Stipulation die Ware, der Verkäufer durch eine besondere Stipulation den Kaufpreis versprechen; es lagen daher zwei völlig getrennte Obligationen vor.

Erst in den letzten Jahrhunderten der Republik erzeugte der vorwärtsdrängende Verkehr eine durchgreifende Veränderung.[1]) Der bloße Vertrag wurde bei Kauf, Miete, Mandat und Gesellschaft auf Grund der bona fides klagbar.

Aber auch jetzt, wo man die Verbundenheit der aus dem bonae fidei negotium hervorgehenden Ansprüche anerkannte, übertrug man, der gewohnten Denkweise entsprechend, die bisherigen Grundsätze auf die neuen Rechtsgebilde und konstruierte demgemäß die beiderseitigen Obligationen als einseitige und getrennte.[2]) Erst einer weiteren Entwicklung blieb es vorbehalten, ihnen die unbedingte und schroffe Selbständigkeit zu nehmen und die ihrer tatsächlichen Natur entsprechende gegenseitige Beziehung auch juristisch mehr zu betonen.

Dernburgs Auffassung ist allerdings nicht unbestritten. Zwei Richtungen lassen sich namentlich unterscheiden, die uns zu einer entgegengesetzten Konstruktion des bilateralen Vertrages bei den Römern führen wollen.

Am weitesten von Dernburg entfernt ist Liebe, in der Mitte zwischen beiden steht Keller.

---

[1]) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 58 und 60.

[2]) Ebenso Bechmann, Kauf I S. 542: „Einmal entstanden, stehen sich beide selbständig gegenüber.“

Liebe[1]) hält die Zweiseitigkeit für das von Anfang an bestimmende Prinzip der bonae fidei negotia.[2]) Die Römer seien von vornherein von der Einheit des ganzen obligatorischen Verhältnisses ausgegangen, welches nur aus einem „Gemisch von Ansprüchen und Gegenansprüchen" bestanden hätte. Nicht die einzelne Leistung, „auf welche das Desiderium des Klägers gerichtet war", sondern der „ganze Umfang des Geschäfts" mußte demgemäß in den Prozeß übergehen; der Iudex mußte also nicht nur die Ansprüche des Klägers, sondern auch die des Beklagten berücksichtigen und „das Resultat einer Abrechnung beider feststellen".

Mit Recht bezeichnet Dernburg[3]) diese Auffassung als eine unhistorische und irrige. Schon der Sprachgebrauch „emptio-venditio", „locatio-conductio" weist auf die Sonderung der Obligationen hin. Mit Sicherheit aber läßt sich der Standpunkt Liebes durch die Klagformel selbst widerlegen.[4]) Denn tatsächlich weist diese den Iudex nicht an, zu untersuchen, was die Parteien sich gegenseitig schuldeten, vielmehr spricht sie lediglich von der Schuld des einen Teils; sie lautet „quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet", nicht etwa: „quidquid alterum alteri dare facere oportet."[5])

Insbesondere aber macht Dernburg gegen Liebes Auffassung geltend: die Natur der exceptio non adimpleti contractus, die Tatsache der negotia claudicantia und die Grundsätze über die Tragung der Gefahr.

Es sei jedoch zunächst der Ansicht Kellers gedacht, weil Keller ebenso wie Liebe durch die bezeichneten Argumente widerlegt werden soll.

---

[1]) Liebe, Stipulation S. 248.

[2]) Ähnlich v. Savigny, Obligationenrecht II S. 12; Mommsen, Beiträge III S. 415 ff.; Puchta, Vorlesungen II § 232.

[3]) Dernburg, a. a. O. S. 60.

[4]) Vgl. auch Bechmann, Kauf I S. 541.

[5]) Krueger-Studemund, Gai institutiones S. 167.

Keller[1]) charakterisiert den bilateralen Vortrag dahin, daß er zwar zwei einseitige und selbständige Forderungen erzeuge, daß diese jedoch „einander kreuzen, binden und bedingen“. Daher sei jeder Kontrahent verpflichtet nicht auf Leisten schlechthin, sondern nur unter der Bedingung, daß auch der andere seine Leistung mache.

Windscheid[2]) gibt zu, daß diese Auffassung an und für sich möglich ist. Aber Windscheid und Dernburg vereinigen ihre Stimmen in dem Hinweis darauf, daß die Berufung des Beklagten auf die nicht erfolgte Gegenleistung in den Quellen „exceptio“ genannt wird:

„(sc. venditor agens de pretio) etiam mercis non traditiae exceptione summovetur.“[3])

„Id enim fiet, si adversus venditorem ex venditi actione pretium petenten doli exceptionem opposueris.“[4])

Die Beweiskraft dieser Stellen hat Keller nicht widerlegen können.[5]) Müssen wir nämlich hiernach in der exceptio non adimpl. contr. eine wahre exceptio erkennen, so ist damit dargetan, daß sie den ursprünglichen Klagebedingungen als etwas Fremdartiges gegenübertritt, nicht aber ein Bestreiten des Klagegrundes enthält, was doch der Fall sein müßte, wenn der Anspruch des Klägers durch die erfolgte Gegenleistung bedingt wäre.[6])

Es ist hierdurch gleichzeitig ein neues Argument gegen Liebe gewonnen. Denn wenn die Gegenforderung eines bilateralen Vertrages prozessualisch als exceptio auftritt, so ist ihr damit eine Selbständigkeit verliehen, die sich mit dem Gedanken nicht verträgt, daß aus dem Vertrage überhaupt nur ein obligatorisches Verhältnis entstünde.

---

[1]) Keller, Pandekten S. 474; Keller, Jahrb. IV S. 342 ff.

[2]) Windscheid, Pandekten II § 321 Note 2.

[3]) l. 5 § 4 D. de doli mali exceptione 44, 4

[4]) l. 5 C. de evictionibus 8, 44.

[5]) Im Sinne Kellers auch Tiktin, de natura p. 20—21, 23—25, scharfsinnig, aber nicht überzeugend.

[6]) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 65.

Stellt sich nun einerseits die exc. non adimpl. contr. als Argument gegen Liebe und Keller dar, so läßt sich andererseits allerdings nicht verkennen, daß sie jedenfalls eine gewisse Abhängigkeit der Obligationen zum Ausdruck bringt. Aber die exceptio folgt eben nicht aus der Konstruktion des gegenseitigen Vertrages; sie ist vielmehr lediglich eine Reaktion der Billigkeit, die gerade die konsequente Durchführung jener Konstruktion ergeben hätte.[1]) Auch bringt die exceptio lediglich eine Abhängigkeit der Obligationen in Ansehung ihrer konkreten Geltendmachung zum Ausdruck; ihre theoretische Abhängigkeit aber, die sie in ihrem Entstehen und Bestehen als verknüpft erscheinen ließe, kann in der bloßen exceptio keinen Rückhalt finden.

Dernburg stützt sich des weiteren[2]) zum Beweise der Selbständigkeit der gegenseitigen Obligationen auf die Tatsache der negotia claudicantia. Schloß ein Unmündiger einen bilateralen Vertrag, so wurde nur sein Gegenkontrahent, nicht aber er selbst verpflichtet.

> „Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.“[3])

Hier ist die Verpflichtung des Gegenkontrahenten mit solcher Deutlichkeit ausgesprochen, daß man die namentlich von Puchta und Mommsen[4]) vertretene Auffassung nicht annehmen kann, nach welcher das ganze Geschäft an einer relativen, durch Zustimmung des Tutors bezw. Leistung des Mündels heilbaren Nichtigkeit leiden soll, so daß auch die Verpflichtung des Gegenkontrahenten von der Beseitigung des Mangels abhängig sei. Dernburg[5]) und Windscheid[6]) haben diesen Standpunkt als mit den Quellen, namentlich mit der oben zitierten Stelle, unvereinbar erklärt.

---

[1]) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 79.
[2]) Dernburg, a. a. O. S. 71 ff.
[3]) l. 13 § 29 D. de actionibus empti venditi 19, 1.
[4]) Puchta, Vorlesungen II § 232; Mommsen, Beiträge III S. 419.
[5]) Dernburg, a. a. O. S. 72.
[6]) Windscheid, a. a. O. § 321 Note 23.

Daher können wir im Sinne Dernburgs die negotia claudicantia, bei denen nur ein Teil gültig verpflichtet wird, als neues Argument gegen die Auffassung verwenden, welche im synallagmatischen Vertrage die Einheit des ganzen obligatorischen Verhältnisses, d. h. die untrennbare Verknüpfung der beiderseitigen Obligationen erkennen will.

Keller[1]) indessen nimmt die negotia claudicantia als Stütze seiner Auffassung von der Bedingtheit der, wenn auch getrennten, Obligationen in Anspruch. Aber seine Berufung auf l. 7 § 1 D. de rescindenda venditione 18,5 ist nicht zutreffend. Denn wenn auch hier ausgesprochen ist, daß der Pupill, der seinerseits nicht leistet, mit seiner Klage nicht durchdringen kann, weil „agente eo retentiones competant", so ist damit keineswegs sein Anspruch als ein bedingter bezeichnet; vielmehr weist der Ausdruck „retentiones" gerade darauf hin, daß dem Gegenkontrahenten eine selbständige Einrede zusteht, während seine Verpflichtung als unbedingte erscheint.[2])

Somit stellen sich die negotia claudicantia auch der Auffassung Kellers entgegen, der eine wechselseitige Bedingtheit der synallagmatischen Obligationen statuieren will.

Zum Beweise ihrer Unabhängigkeit beruft sich Dernburg[3]) endlich auf den römischen Satz „periculum est emptoris". Ging der verkaufte Gegenstand vor der Übergabe durch Zufall unter, so hätte die Einheit des ganzen obligatorischen Verhältnisses verlangt, daß mit dem Verkäufer auch der Käufer befreit sei. Das gleiche wäre aus der wechselseitigen Bedingtheit der Obligationen gefolgt, da die Erfüllung der Bedingung, von der der Anspruch des Verkäufers abhing, unmöglich geworden wäre.

In diesem Sinne glaubt Dernburg, den Satz „periculum est emptoris" aus der prinzipiellen Unabhängigkeit der Obligationen erklären zu müssen[4]). Unter den entgegen-

[1]) Keller, Jahrb. IV S. 358 ff.
[2]) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 73.
[3]) Dernburg, a. a. O. S. 77 ff.
[4]) Ebenso Bechmann, Kauf I S. 543.

gesetzten Auffassungen, die hier kein Prinzip, sondern eine Singularität des Kaufvertrages finden wollen, ist die hauptsächlichste die von Windscheid[1]) und Keller[2]) vertretene; diese führen jenen Satz darauf zurück, daß die Römer in Nachwirkung des alten Barkaufs die Verkaufserklärung als eine Entäußerungserklärung angesehen hätten[3]).

Können wir nun auf die Einzelheiten des umfassenden Streites hier nicht eingehen, so wollen wir wenigstens kurz die Gründe angeben, welche die Ansicht Windscheids gegenüber derjenigen Dernburgs als die weniger wahrscheinliche charakterisieren.

1. Wenn man den Satz „periculum est emptoris“ aus einer Nachwirkung älterer Rechtsanschauungen erklärt, so wäre er dementsprechend als ein bloßes Überbleibsel anzusehen. Hätte man nun grundsätzlich die Abhängigkeit der bilateralen Obligationen anerkannt, so hätte die sich hieraus ergebende Konsequenz, daß in dem zur Frage stehenden Falle auch der Käufer befreit sei, wohl die Kraft haben können, jenes Rudiment zu verdrängen; daß aber gerade dieses letztere befähigt gewesen sein sollte, ein in der geltenden Rechtsanschauung wohlgegründetes Prinzip zu durchbrechen, möchte sich kaum vermuten lassen.

2. Wenn ferner die Gültigkeit der formlosen Kaufberedung gerade dem dringenden Verkehrsbedürfnis seine Entstehung verdankte, das Verpflichtungsgeschäft und das Vollzugsgeschäft zeitlich zu trennen, so läßt sich schwerlich annehmen, daß die Römer auch noch weiterhin die Verpflichtungserklärung als die Vollzugserklärung aufgefaßt hätten. Sieht man das Verhältnis aber so an, daß sich jene Auffassung nicht allgemein, sondern daß sich in dem Periculum nur eine konkrete Wirkung derselben erhalten

[1]) Windscheid, Pandekten II § 321, 3.
[2]) Keller, Jahrb. IV S. 364 ff.
[3]) Vgl. auch Czyhlarz, Institutionen S. 175.

habe, so ist dagegen einzuwenden, daß ein Periculum zur Zeit des alten Barkaufs überhaupt nicht möglich war. Denn wenn eine Sache demjenigen, der sie zu Eigentum erhalten hatte, unterging, so war das eben eine rechtlich irrelevante Tatsache. Von einem Periculum konnte hier gar keine Rede sein. Dieser Begriff bekommt überhaupt erst für den obligatorischen Kauf eine Bedeutung, wo eine noch nicht erfüllte Verpflichtung in Frage steht. Hier kommt also der Begriff des Periculums als etwas ganz Neues hinzu, das in der Vergangenheit keinen Rückhalt findet, so daß es im Sinne einer Nachwirkung nicht begriffen werden kann.

Aus diesen allgemeinen Gründen darf man wohl der Hypothesis Dernburgs die größere Wahrscheinlichkeit zuerkennen und darf daher auch in dem Satz „periculum est emptoris“ für die Sonderung der gegenseitigen Obligation ein Zeugnis erblicken. — —

Wir gingen zu Anfang davon aus, daß dem römischen Rechte ein Rücktritt vom Vertrage wegen ausgebliebener Gegenleistung, im besonderen also wegen Verzuges, nicht bekannt war, und wollten versuchen, diesen Satz aus der römischen Auffassung von der begrifflichen Natur des gegenseitigen Konsensualvertrages herzuleiten.

In der Tat wäre ein Rücktrittsrecht mit der dargelegten Konstruktion, die von der Sonderung der beiden Obligationen ausging, unvereinbar gewesen[1]). Diese Sonderung duldete es nicht, daß das Schicksal der einen Obligation die andere beeinflußte. Durch zwei Fesseln wurden die Parteien zusammengehalten; riß die eine, so blieb die andere noch immer ganz. Leistete also der eine Teil eines gegenseitigen Vertrages nicht, so mochte der andere Teil alle Rechtsmittel anwenden, die ihm wegen Nichterfüllung seines abgesonderten Anspruchs zu Gebote standen, seine eigene Verbindlichkeit aber wurde durch solche Umstände in keiner Weise berührt; daher konnte er diese Verbindlichkeit auch nicht aufheben.

[1]) Vgl. Lehmann, Ausweitung S. 49.

Vollzog er andererseits seine Leistung zuerst, so tat er das nicht etwa wegen der Gegenleistung[1]); diese mochte für ihn die wirtschaftliche Ursache, das persönliche Motiv sein, aber der Rechtsgrund seiner Leistung war die Verpflichtung, die er dem anderen Teile gegenüber eingegangen war. Daher war vom rechtlichen Standpunkte aus seine Leistung nichts weiter als die Erfüllung einer Verpflichtung. Blieb daher die Gegenleistung aus, so konnte von einer Rückforderung keine Rede sein. Er hatte juristisch nicht ob causam futuram, sondern solvendi causa geleistet, daher besaß der andere Teil das Geleistete durchaus nicht sine causa.

Nach Windscheid[2]) stand ein Rückforderungsrecht dem Leistenden dann zu, „wenn er in der irrigen Annahme bereits erfolgter oder in der Erwartung erfolgender Gegenleistung geleistet hat und zugleich bei seiner Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, daß diese Annahme die Voraussetzung seiner Leistung bildete."

Wie Windscheid selbst zugibt, entspricht diese Auffassung der herrschenden Meinung nicht. Insbesondere erklärt Dernburg[3]): „Das sind Distinktionen, die im praktischen Leben keinen Boden finden." Aber auch theoretisch kann der von Windscheid aufgestellte Ausnahmesatz m. E. nicht wohl annehmbar erscheinen.

Wenn wir überhaupt, wie es ja auch Windscheid tut, anerkennen, daß die Rückforderung des Geleisteten wegen ausgebliebener Gegenleistung nicht zulässig ist, trotzdem der Vorleistende gegenüber dem Anspruch auf die Leistung die exc. non adimpl. contr. hätte vorschützen können, so kann der Grund für diese Versagung der Rückforderung nur darin liegen, daß jene exceptio als bloße dilatorische Einrede die Schuld zu keiner Nichtschuld mache. Dann können wir aber auch die irrtümliche Annahme bereits er-

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten II § 321 Note 10; Römer, Zeitschr. S. 124.

[2]) Windscheid, Pandekten II § 321, 2.

[3]) Dernburg, Pandekten II S. 62.

folgter Gegenleistung, d. h. die irrtümliche Annahme eines die gedachte exceptio ausschließenden Umstandes, nicht auffassen als die irrtümliche Annahme einer Schuld, welche in Wahrheit nicht bestehe; und das wäre doch die Voraussetzung der condictio indebiti. Freilich hat der Vorleistende irrtümlicherweise eine Schuld bezahlt, deren Erfüllung nicht erzwingbar war; aber die condictio indebiti steht, wie schon der Name sagt, nicht demjenigen zu, der eine nicht erzwingbare, sondern nur demjenigen, der eine nicht geschuldete Leistung vollzogen hat.

Man sieht also, daß eine besondere Rechtsnatur, welche etwa gerade der irrtümlichen Annahme bereits erfolgter oder erfolgender Gegenleistung zuzuschreiben wäre, der Grund nicht sein kann, aus dem eine condictio sich herleiten ließe, daß vielmehr jene Annahme dem allgemeinen Falle gleichsteht, wo man überhaupt auf Grund der irrtümlichen Annahme eines gewissen Umstandes eine Schuld bezahlt, die man sonst nicht bezahlt haben würde. Aus diesem Tatbestande allein müßte Windscheid seine Folgerung ziehen. Es ist aber zweifellos unmöglich, daß mir der bloße Irrtum im Motiv, der mich zur Bezahlung einer Schuld bestimmt, eine condictio begründe, mag dieses Motiv bei der Bezahlung auch noch so deutlich erkennbar gewesen sein.

Der von Windscheid erwähnte Fall läßt sich auch nicht in der Weise konstruieren, daß man annimmt, der Vorleistende hätte nur unter der Bedingung geleistet, daß der andere Teil seinerseits den Vertrag bereits erfüllt habe bezw. erfüllen werde, und deswegen stünde ihm eine condictio zu, weil sich die Bedingung nicht realisiert hätte. In der Tat kann hier von einer Bedingung keine Rede sein[1]): bei der Annahme, daß der andere Teil bereits erfüllt habe, schon deswegen nicht, weil eine condicio in praeteritum collocata keine wahre Bedingung ist; aber auch bei der Annahme, daß der andere Teil erfüllen werde,

[1]) Vgl. auch Römer, Zeitschr. S. 125 Anm. 4.

ist es nicht angängig. Denn der Vorleistende hat nicht sagen wollen: Meine Leistung soll nur wirksam sein, wenn du erfüllst, dagegen unwirksam, wenn du nicht erfüllst; vielmehr ist er von der alleinigen, ganz bestimmten Annahme ausgegangen, daß der andere Teil erfüllen werde. Will man eine Bedingung setzen, so muß man begrifflich notwendig zwei kontradiktorische Möglichkeiten ins Auge fassen; das aber trifft in unserem Falle nicht zu; daher sich denn dem Vorleistenden eine Bedingung nicht imputieren läßt. —

Bisher versuchten wir, die Unmöglichkeit eines Rücktritts analytisch aus dem römischen Begriffe des bilateralen Vertrages zu entwickeln. Nunmehr sei es gestattet, einige Äußerungen der Quellen über die Frage der Möglichkeit des Rücktritts zu zitieren.

§ 3. Quellenstellen.

Die Wirkungen des Leistungsverzuges überhaupt finden wir in den Quellen nicht einheitlich zusammengestellt. Jedoch ist als oberster Grundsatz ausgesprochen, daß der Schuldner die Verpflichtung habe, dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen.

> „Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram factam non esse.“[1])

Der Umfang des Schadenersatzanspruchs wird im einzelnen dahin bestimmt, daß der Schuldner nicht nur den positiv erlittenen Verlust (damnum emergens), sondern auch den durch die verspätete Leistung entgangenen Gewinn (lucrum cessans), insbesondere Früchte und Zinsen, zu erstatten hat. Es tritt ferner eine perpetuatio obligationis mit der Wirkung ein, daß der Schuldner vom Augenblick des Verzuges an bezüglich des geschuldeten Gegenstandes die Gefahr trägt, so daß auch durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung desselben seine Verpflichtung nicht berührt wird.

[1]) l. 114 D. de verborum obligationibus 45, 1.

Nirgends dagegen finden wir dem Gläubiger neben dem Anspruch auf Erfüllung und das Verzugsinteresse ein Rücktrittsrecht eingeräumt.

„Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.“ [1])

„Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quae dedisti, repetitio competit.“ [2])

Diese Stellen sagen aufs Deutlichste, daß der Verkäufer zwar den Kaufpreis einfordern, niemals aber den ihm geleisteten Gegenstand zurückfordern oder den Vertrag aufheben darf.

„De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur nec ex rescripto nostro.“ [3])

Hier ist geradezu ausgesprochen, daß der Rücktritt, sofern er gegen den Willen des anderen Teiles geschieht, sowohl gegen Treu und Glauben als gegen das Gesetz verstoßen würde.

Es werden indessen von einzelnen Schriftstellern andere Quellenstellen herangezogen, welche ein dem Gläubiger durch den Verzug begründetes gesetzliches Rücktrittsrecht beweisen sollen.

So stützt sich Glück[4]) auf folgende Stelle:

„De lege commissoria interrogatus ita respondet, si per emptorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.“ [5])

Hier ist dem Verkäufer eines Grundstücks für den Fall, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in

[1]) l. 6 C. de actionibus empti et venditi 4, 49.
[2]) l. 8 C. de contrahenda emptione et venditione 4, 38.
[3]) l. 3 C. de rescindenda venditione 4, 44.
[4]) Glück, Pandekten IV S. 417.
[5]) l. 6 pr. D. de lege commissoria 18, 3.

Verzug kommt, das Recht eingeräumt, zu bewirken, „fundos inemptos fore", d. h. den ganzen Vertrag rückgängig zu machen.

Indessen es ist wohl zu beachten, daß dieses Rücktrittsrecht nicht als die gesetzliche Folge erscheint, die sich an den Verzug als solchen knüpft, vielmehr als die vertragsmäßige, von den Parteien gewollte Folge, die sich auf die besondere Nebenberedung der lex commissoria gründet;[1]) und vereinbaren können die Parteien natürlich mit voller Wirkung, was sie wollen.

Nicht allein also, daß sich aus dieser Stelle für ein gesetzliches Rücktrittsrecht gar nichts entnehmen läßt, bietet sogar die Tatsache der ausdrücklichen vertragsmäßigen Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ausreichenden Beweis dafür, daß ohne solche Vereinbarung der Verzug als solcher ein Rücktrittsrecht selbständig nicht hätte erzeugen können.[2])

Glück[3]) und Thibaut[4]) berufen sich auf folgende Stelle:

„Cum te fundum tuum certae rei contemplatione inter vos habita exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit ea res tibi non esse fraudi, quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. et ideo aditus competens iudex fundum, cuius mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione sua auctoritate perficiet, praecipue cum diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam."[5])

Dieser Fall ist in ähnlicher Weise zu behandeln wie der vorige.[6]) Denn auch hier stellt sich das dem Verkäufer eines Grundstücks zugestandene Rücktrittsrecht nicht als

[1]) Vgl. Madai, Mora S. 393 ff.

[2]) Vgl. auch Mommsen, Beiträge III S. 257 Anm. 3.

[3]) Glück, a. a. O.

[4]) Thibaut, Pandekten S. 83 Anm. S.

[5]) l. 6 C. de pactis inter emptorem et venditorem com positis 4, 54.

[6]) Vgl. Madai, Mora S. 393 ff.

Folge der ausgebliebenen Gegenleistung schlechthin dar, vielmehr gründet es sich auf eine vertraglich festgesetzte Resolutivbedingung, wie deutlich aus den Worten hervorgeht, welche zur Erklärung des Rücktrittsrechts angeführt sind: „quando dominii ius reverti conveniat.“[1])

Thibaut[2]) führt ferner an:

„Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandator nummeraret et hortos acciperet. quaeritur, cum ante Kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiae Titius solvere paratus fuerit neque Seia accipere voluit et usque in hodiernum per Titium non stet, quominus reliquum solveret, an nihilo minus Lucius Titius, si Seiae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit respondit posse, si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.“[3])

Seja, welche im Auftrage des Titius Gärten gekauft hat, verspricht diesem in einer Stipulation, ihm das Eigentum an den Gärten gegen Zahlung des ganzen Kaufpreises zu übertragen. Darauf wird in continenti vereinbart, daß Titius bis zum 1. April zahlen und die Gärten empfangen sollte. Titius bezahlt nun vor dem 1. April nur einen Teil, den übrigen Teil bietet er nach Ablauf des Termins an, Seja aber verweigert die Annahme. Kann Titius aus der Stipulation auf Herausgabe der Gärten klagen? Diese Frage wird bejaht für den Fall, daß das Angebot des Restes bald nach dem 1. April erfolgt und Seja durch die spätere Zahlung keinen Schaden leidet.

[1]) Vgl. auch Mommsen, Beiträge III S. 257 Anm. 3.

[2]) Thibaut, a. a. O.

[3]) l. 135 § 2 D. de verborum obligationibus 45, 1.

Hieraus ergibt sich e contrario, daß Titius jedenfalls, wenn er sich mit seiner Leistung wesentlich verspäten und dadurch die Seja schädigen würde, seine Stipulationsklage verlieren soll.

Läßt dieser Verlust der Stipulationsklage sich nun so erklären, daß der Verzug des Schuldners die Auflösung des Vertrages bewirkt bezw. die Gläubigerin zum Rücktritt berechtigt?

Die Antwort lautet: nein. Mommsen[1]) hat zutreffend ausgeführt, daß hier die Zahlung des Kaufpreises als Bedingung der stipulatorischen Verpflichtung und daß die in continenti getroffene Vereinbarung als nähere Präzisierung der in der Stipulation selbst nur allgemein gefaßten Bedingung anzusehen ist.

Die Stelle will demgemäß nur sagen, daß eine auch nicht strikte Erfüllung der Bedingung das Recht des Titius nicht beeinträchtigen soll, wenn es sich nur um eine unbedeutende und der Gläubigerin nicht weiter nachteilige Verspätung handelt; in diesem Falle soll eben die Bedingung als erfüllt gelten. Käme Titius dagegen wesentlich zu spät, so würde er allerdings seinen Stipulationsanspruch verlieren; das aber wäre nur die Folge der Nichterfüllung der Bedingung, nicht eines besonderen gesetzlichen Rücktrittsrechts, welches der Seja etwa wegen Verzuges zustünde.[2])

Mommsen hat bewiesen, daß eine solche Auffassung der Stelle jedenfalls möglich und sogar wahrscheinlich ist; ihre Notwendigkeit aber ergibt sich m. E. auf folgendem Wege:

Geht man von der Annahme aus, daß der in continenti abgeschlossene Nebenvertrag keine bloße Bedingung des stipulierten Rechtes, sondern eine selbständige Verpflichtung des Titius normiert, so würde allerdings die an die verspätete Erfüllung dieser Verpflichtung geknüpfte Rechts-

[1]) Mommsen, Beiträge III S. 86 ff.

[2]) Ebenso Madai, Mora S. 394 ff.

folge, daß Titius aus der Stipulation nicht mehr klagen könnte, einer Auflösung des Stipulationsvertrages bezw. einem gesetzlichen Rücktritt der Seja gleichkommen. Eine solche Rechtsfolge aber wäre mit dem Charakter der Stipulation nicht in Einklang zu bringen. Denn daran müssen wir jedenfalls festhalten, daß die Stipulation jederzeit eine streng einseitige Obligation erzeugt, und mit der Einseitigkeit der Obligation verträgt es sich nicht, wenn sie in ihrem rechtlichen Bestande von dem Schicksal einer durch besonderen Vertrag begründeten Gegenverpflichtung beeinflußt werden soll. Eine solche Beeinflussung würde die Stipulation in Verbindung mit dem pactum adiectum ohne weiteres in einen synallagmatischen Vertrag verwandeln; und außerdem: wo bliebe dann auch die abstrakte Natur der Stipulation?

Gehen wir also von der Annahme aus, daß der Nebenvertrag eine selbständige Gegenverpflichtung des Titius begründet, so würde der Wegfall des stipulierten Rechtes dem Charakter der Stipulation überhaupt widersprechen.

Muß es daher bei der Annahme der bloßen Feststellung einer Bedingung verbleiben, so ist diese Stelle, wie wir sahen, zum Beweise eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes unverwendbar.

§ 4. Fortsetzung.

Endlich wollen wir uns noch mit derjenigen Stelle auseinandersetzen, die zum Beweise eines Rücktrittsrechtes in erster Linie in Anspruch genommen wird:[1])

> „Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquenii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse

[1]) Vgl. v. Wening-Ingenheim, Zivilrecht II S. 162; Sintenis Zivilrecht II S. 186; Kniep, Mora II S. 366 ff.; Regelsberger Archiv 50, S. 29.

pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitantiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.“ [1])

Nach dieser Stelle kann der Pächter, welchem ein auf fünf Jahre gepachtetes Grundstück nicht rechtzeitig eingeräumt wird, sogleich den Ersatz des Interesses für die ganzen fünf Jahre unter Zurückweisung eines etwa später erfolgenden Leistungsangebots beanspruchen, während er selbst von der Zahlung des Pachtzinses befreit ist.

Gleichgestellt wird der Fall, daß der Verpächter den Pächter aus der Pachtung vertrieben hat. Die Voraussetzung des dem Pächter gewährten außerordentlichen Rechts ist allerdings nur bei dem zweiten Fall erwähnt, muß aber nach dem Sinn der Stelle auch auf den ersten Fall bezogen werden. Als solche Voraussetzung wird angegeben, daß der Pächter sich bereits nach einem anderen Grundstück umgesehen hat. Es kann ihm nunmehr nicht zugemutet werden, zwei Pachtverträgen Genüge zu leisten.

Allgemeiner ausgedrückt wird also vorausgesetzt, daß der Pächter an der ihm geschuldeten Leistung kein Interesse mehr hat.

Ist hier dem nichtsäumigen Kontrahenten ein Rücktrittsrecht zugesprochen? Wir werden diese Frage verneinen müssen, und zwar deswegen, weil sich die ganze Stelle aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes vollständig erklären läßt.

Dem Pächter wird das Pachtgrundstück nicht rechtzeitig eingeräumt. Da er es dringend braucht, so ist er gezwungen, sich nach einem anderen Grundstück umzusehen. Täte er das nicht, so würde er einen Schaden erleiden, den er später von dem säumigen Kontrahenten

[1]) l. 24 § 4 D. locati conducti 19, 2.

ersetzt verlangen könnte; statt dieses Umweges muß es ihm nun billigerweise gestattet werden, den Schaden selbst abzuwenden und anstelle des abgewendeten Schadens denjenigen Schaden ersetzt zu verlangen, der durch die Abwendung entsteht. Dieser neue Schaden aber besteht offenbar darin, daß, wenn jetzt der säumige Kontrahent den Vertrag erfüllt, der Pächter statt einer Leistung von gewissem Werte eine völlig wertlose Leistung erhält. Denn da er nun bereits ein Pachtgrundstück besitzt, kann er ein zweites nicht mehr brauchen.

Nun kann man aber wiederum von ihm nicht verlangen, daß er durch Annahme der Leistung den bezeichneten Schaden erleide; es muß ihm daher abermals gestattet sein, den nunmehr drohenden Schaden durch Zurückweisung der Leistung abzuwenden. Anstelle des abgewendeten Schadens darf er nun wieder Ersatz des durch die Abwendung neu entstandenen Schadens, d. h. er darf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Zunächst braucht er natürlich seinerseits nicht mehr zu leisten: „neque ipse pensionum nomine obligatus erit", da er infolge der Nichterfüllung der Gegenseite die exceptio non adimpl. contr. zur Seite hat. Der Schaden, der ihm durch Nichterfüllung entsteht, ist daher gleich dem Gewinn, der ihm durch die Pachtung des etwa weniger einträglichen zweiten Grundstücks entgeht: „quantum compendii facturus erat, consequetur."

Es lassen sich also alle in dieser Stelle ausgesprochenen Rechtsfolgen unter Heranziehung des Schadensersatzanspruches begreiflich machen; von einem Rücktrittsrecht ist keine Rede, vielmehr nur von einem Zurückweisungsrechte, welches als eine bloße Modifikation der Realisierung des Schadensersatzanspruches erscheint.

In diesem Sinne entscheidet sich auch Windscheid:[1]) Nach ihm

„hat der Gläubiger nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende

[1]) Windscheid, Pandekten II § 280 Note 1.

zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im besonderen auch der Fall gehört, wo er für das Bedürfnis, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweit Fürsorge getroffen hat. Es kann von dem Gläubiger nicht verlangt werden, daß er einen Nachteil, welchen er abwenden kann (durch Nichtannahme der geschuldeten Leistung) oder abwenden konnte (durch anderweite Fürsorge für sein Bedürfnis), erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben. — Mehr folgt auch aus l. 24 § 4 D. loc. 19,2 nicht."

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß man bei der Erklärung der Worte „neque ipse pensionum nomine obligatus erit" in eine gewisse Schwierigkeit gerät. Mit ihnen ist ausgesprochen, daß der Pächter seinerseits von der Verpflichtung zur Zahlung des Pachtzinses frei wird. Liegt darin nicht dennoch die Einräumung eines Rücktrittsrechtes?

Sintenis[1]) hält es für zweifellos, daß hier „wirklich ein ferneres Nichtverpflichtetsein ausgesprochen ist". Dagegen hält Madai[2]) daran fest, daß die Befreiung des Pächters nicht auf einem Rücktrittsrecht beruht, sondern lediglich darauf, daß dem Anspruche des Verpächters die exceptio non adimpl. contr. entgegenstehen würde. Diese Erklärung erscheint allerdings zunächst nicht ausreichend, da die bloße exc. non adimpl. contr. keine eigentliche Befreiung von der Schuld bewirken kann. Man wird folgendes hinzufügen müssen: da der Pächter von seinem Zurückweisungsrechte Gebrauch gemacht hat, so schließt ein ferneres Angebot der Leistung seitens des Verpächters die exceptio nicht mehr aus, wie dies doch sonst der Fall sein würde. Die Zurückweisung hat also die exceptio perpetuiert: aus der dilatorischen Einrede ist eine peremptorische geworden; und das ist das Entscheidende; denn

[1]) Sintenis, Zivilrecht II S. 186 Anm. 12.

[2]) Madai, Mora S. 393.

eine Schuld, die einer peremptorischen Einrede unterliegt, steht einer Nichtschuld so nahe, daß man wohl von dem Pächter sagen kann „neque ipse obligatus erit“.[1])

Finden wir nun auch in der vorstehenden Stelle kein Rücktrittsrecht ausgesprochen, sondern nur das Recht, unter Zurückweisung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, so sind wir andererseits nicht genötigt, das letztere Recht auf den gerade besprochenen Tatbestand der Pacht oder Miete zu beschränken, wie dies z. B. Fritz vorschlägt.[2]) Denn da wir als den Grund jenes Rechtes die Nutzlosigkeit der Leistung erkannten, so müssen wir es auch überall dort dem Gläubiger zuerkennen, wo sich der gleiche Grund als zutreffend erweist.[3])[4]) Daß der besprochene Fall gerade die locatio-conductio erwähnt, mag seine zufällige Ursache darin haben, daß bei dieser Art Obligationen, die regelmäßig einem gegenwärtigen Bedürfnisse abhelfen sollen, die Nutzlosigkeit der Leistung infolge Verzuges besonders deutlich erscheint. —

Es bleibt noch übrig, die Bedeutung der Bestimmung zu besprechen, daß unter gewissen Umständen der Vermieter den Mietsvertrag einseitig aufheben darf.

---

[1]) Madai (Mora S. 393) bedient sich gegen das Rücktrittsrecht noch eines anderen Argumentes. Danach weist die Tatsache allein, daß der Pächter Ersatz des „quantum compendii facturus erat“ verlangen kann, auf die Fortdauer des Vertrages hin. Der Interesseanspruch habe die Wirksamkeit des Vertrages zur Voraussetzung; der Rücktritt führe dagegen gerade die Auflösung des Vertrages herbei, so daß neben dem Rücktritt der Anspruch auf Ersatz eines weitergehenden Interesses keinen Platz finden könne. Dieses Argument hat m. E. zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich, ist aber nicht durchaus zwingend. (Vgl. hierüber S. 60 Anm. 1.)

[2]) Fritz, Erläuterungen S. 366.

[3]) Sintenis, a. a. O.

[4]) Vgl. auch l. 10 C. de actionibus empti et venditi 4, 49: „cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum, quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes“ und hierzu die Ausführungen von Wolff, Mora S. 121 ff.

Dieses Recht steht dem Vermieter im allgemeinen dann zu, wenn der Mieter mit der Zahlung des Mietszinses seit zwei Jahren rückständig ist;[1]) der Verpächter öffentlicher Einkünfte im besonderen ist an die gedachte Zeitbeschränkung nicht gebunden, er kann also den Vertrag schon bei einmaliger Nichtzahlung des Pachtzinses aufheben.[2])

Diese Bestimmungen sind aber nur scheinbar eine Ausnahme des Prinzipes, welches den Rücktritt wegen Verzuges nicht gestattet. In Wahrheit handelt es sich hier überhaupt nicht um eine besondere Wirkung der Mora. Denn wie aus den zitierten Stellen hervorgeht, wird nur eine objektive Verzögerung der Leistung vorausgesetzt; ein subjektives Verschulden, wie es zum Begriffe der Mora gehört, wird nicht erfordert.[3])

Und selbst dieses erweiterte Rücktrittsrecht erscheint lediglich als die besondere konkrete Ausgestaltung eines ganz allgemeinen Prinzips, welches das Mietsverhältnis beherrschte. Es ist dies das Prinzip, den Vermieter möglichst günstig zu stellen, dagegen auf den Mieter wenig Rücksicht zu nehmen.[4]) Hierfür mag der Umstand, daß sich in Rom nur wirtschaftlich kleine Leute einzumieten pflegten, die Ursache gewesen sein: der Vermieter, nicht der Mieter hatte den Interdiktenbesitz. Wenn der Vermieter persönlich der vermieteten Sache dringend bedurfte, konnte er ohne weiteres das Mietsverhältnis kündigen; ebenso, wenn der Mieter die Sache schlecht behandelte.[5])

Überall sehen wir das Interesse des Vermieters in den Vordergrund gerückt. Was Wunders also, daß er beim Ausbleiben des Mietszinses kündigen durfte! Hatte er doch lebhaftes Interesse daran, bei solchen Anzeichen der

---

[1]) l. 54 § 1 D. locati conducti 19, 2; l. 56 ibidem.

[2]) l. 10 § 1 D. de publicanis 39, 4.

[3]) Vgl. Wolff, Mora S. 175.

[4]) Vgl. Jacobsohn, Rücktrittsrecht S. 29.

[5]) l. 3 C. de locato et conducto 4, 65; vgl. auch v. Vangerow, Pandekten III S. 643; Glück, Pandekten XVII S. 382 ff.

Zahlungsunsicherheit vom Vertrage loszukommen, um die Sache anderweit unterzubringen.

Wir sehen also, daß ein besonderes Prinzip, das vom Begriffe des Verzuges ausginge, hier gar nicht in Frage steht.

B.

§ 5. Die Innominatkontrakte.

Die bisher für das römische Recht gewonnenen Ergebnisse gelten nur in Ansehung der Konsensualkontrakte. Eine zweite Kategorie synallagmatischer Verträge zeigen uns die sogen. Innominatkontrakte. Welches bei diesen die Wirkungen des Leistungsverzuges sind, ist jetzt noch festzustellen.

Das formlose pactum begründete keine klagbare Obligation. Hatte daher der eine Teil auf Grund eines solchen geleistet, so konnte er, falls die Gegenleistung ausblieb, zunächst nur das Geleistete mit der condictio sine causa zurückfordern, welche in dieser Anwendung condictio ob causam datorum oder condictio causa data causa non secuta hieß. Erst in der Kaiserzeit wurde dem, der vorgeleistet hatte, ein klagbarer Anspruch auf die Gegenleistung in Gestalt einer actio praescriptis verbis zugestanden. Doch blieb neben der Erfüllungsklage die condictio sine causa bestehen.

Zweifellos ist dies wenigstens für den Fall, daß die Gegenleistung nicht rechtzeitig erfolgte.[1]) Manche wollen aber dem Vorleistenden sogar ein unbedingtes Reuerecht zugestehen,[2]) so daß er jederzeit, so lange die Gegenleistung noch nicht erfolgt sei, ex mera poenitentia das Geleistete kondizieren dürfe.

Diese Meinung wird in den Quellen unzweideutig bestätigt.[3]) Dagegen sucht Gradenwitz den Nachweis zu

[1]) l. 1 § 4 D. de rerum permutatione 19, 4.

[2]) Vgl. v. Vangerow, Pandekten III § 599 Anm. 4; Windscheid, Pandekten II § 321 N. 11.

[3]) l. 3 § 2 D. de cond. caus. dat. 12, 4; l. 5 pr. eodem; l. 5 § 1 eodem.

führen, daß die hier in Betracht kommenden Stellen interpoliert sind.[1])

Gans[2]) hat der Annahme eines unbedingten Poenitenzrechtes gewichtige theoretische Gründe entgegengestellt. Gebe ich etwas ob causam hin, so kann man von einer causa non secuta erst von dem Zeitpunkt ab sprechen, wo das Eintreten der causa möglich war, oder wo die causa der Verabredung gemäß eintreten sollte; denn auf diesen Zeitpunkt war ja meine Erwartung ganz allein gerichtet; also läßt sich die condictio ex mera poenitentia als condictio ob causam gar nicht aufrecht erhalten. Will man sie aber selbständig neben dieselbe stellen, so würde die condictio ob causam ganz überflüssig werden, da sie ja dann notwendig in der anderen enthalten wäre.

Für unsere Frage ist es nun nicht erforderlich, diesen Streit zu entscheiden. Denn in jedem Falle erhalten wir das Ergebnis, daß hier ein Rückforderungsrecht als besondere Wirkung der Mora gar nicht in Betracht kommt.

Nehmen wir nämlich die condictio ex mera poenitentia an, so kann ich ja meine Leistung ganz nach Belieben kondizieren; wenn ich sie also auch im Falle der Mora kondizieren kann, so ist das keine besondere Wirkung der Mora, sondern die allgemeine Wirkung jenes Beliebens überhaupt.

Weisen wir andererseits die Annahme einer condictio ex mera poenitentia von der Hand, so ist das Rückforderungsrecht dennoch nicht als besondere Wirkung der Mora legitimiert. Wer nämlich aus einem Innominatkontrakte vorleistete, erfüllte damit nicht eine bestehende Verbindlichkeit, sondern er erzeugte überhaupt erst einen rechtsgültigen Vertrag, der ihm einen Anspruch auf die Gegenleistung gab:[3]) Er leistete nicht solvendi sondern contrahendi causa, ob causam futuram. Der Rechtsgrund seiner

[1]) Gradenwitz, Interpolationen S. 146 ff.
[2]) Gans, Obligationenrecht S. 205 und S. 207.
[3]) Vgl. Windscheid, Pandekten II § 321 Not. 9.

Verbindlichkeit lag in der Zukunft. Erfolgte daher die Gegenleistung nicht zur rechten Zeit, verschuldet oder unverschuldet, so besaß der andere Teil das, was ihm geleistet war, sine causa; er mußte es daher herausgeben ohne daß ein Verzug, d. h. Verschulden, erforderlich gewesen wäre. Und daraus folgt, daß die condictio ob causam nicht als besondere Wirkung der Mora angesehen werden kann.

Wie wir uns also auch zum Poenitenzrecht stellen mögen, wir erhalten jedesmal das gleiche Ergebnis, daß die condictio sine causa bei den Innominatkontrakten auf einem besonderen Prinzipe der Morosität nicht beruht haben kann. Freilich ist damit die Tatsache, daß hier die Mora ein Rückforderungsrecht gewährte, als solche nicht hinwegzuleugnen. Aber sie findet ihre Erklärung in der dargelegten eigenartigen Struktur der Innominatkontrakte, wo ganz im Gegensatz zu den Konsensualkontrakten die Vorleistung nicht solvendi sondern contrahendi causa erfolgte, also überhaupt erst der vertragserzeugende Faktor war.

C.

§ 6. Rückblick.

Die Verzugswirkungen bei gegenseitigen Verträgen des römischen Rechts können wir nunmehr zu folgendem Ergebnis zusammenfassen:

Ein Rücktrittsrecht wird dem nichtsäumigen Kontrahenten durch den Verzug des anderen Teils grundsätzlich nicht gewährt.

Was die Konsensualkontrakte betrifft, so erscheint es weder mit der Konstruktion der Verträge vereinbar, noch ist es in den Quellen selbst bestätigt.

Die letzteren gestehen zwar dem Vermieter unter gewissen Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht zu, doch handelt es sich hier überhaupt nicht um ein besonderes Prinzip der Morosität.

Im übrigen geben die Quellen dem nichtsäumigen Kontrahenten jedenfalls lediglich einen Anspruch auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Selbst wenn die Erfüllung infolge des Verzuges dem Gläubiger nutzlos sein würde, kann er dennoch nicht zurücktreten, sondern hat nur das Recht, unter Zurückweisung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Bei den Innominatkontrakten ist zwar ein Rückforderungsrecht gegeben; während sich dieses aber einerseits als besondere Wirkung der Mora nicht ausweisen kann, wird es andererseits durch die eigenartige römische Konstruktion der Innominatkontrakte verständlich.

II. Teil.

§ 7. Deutsches Recht.

Im ältesten deutschen, überhaupt im germanischen Recht finden wir als Wirkungen des Leistungsverzuges weder ein Rücktrittsrecht noch einen Anspruch auf Schadensersatz. Denn in dieser Zeit der Naturalwirtschaft gab es kein Kapitalvermögen, und es war daher dem Gläubiger, der eine bestimmte Sache oder Leistung zu fordern hatte, weder mit Geld noch mit anderen Sachen eigentlich gedient.[1]) Geld hatte eben in dieser Periode gar keine oder doch nur untergeordnete Bedeutung, und für andere Sachen hatte der Gläubiger meistens keine Verwendung, da sein naturaler Bedarf gewöhnlich durch seine eigene Wirtschaft gedeckt wurde. Der Gläubiger war daher an der Sache oder Leistung, die er zu fordern hatte, viel stärker, viel individueller interessiert, als dies später in der Periode der Geldwirtschaft der Fall war, und so erschien damals der Schuldner dem Gläubiger „in viel bestimmterer Weise auf den Inhalt der Obligation verpflichtet".[2]) Eine Nichtleistung verletzte die Interessen des Gläubigers „in einer Art, die keine

[1]) Vgl. zum folgenden Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts IV § 160.

[2]) Huber, a. a. O.

Schadensersatzleistung wirklich heilen, sondern nur eine Strafe sühnen konnte". So kam man dazu, — und diese Anschauung wirkte auch noch fort, als die Naturalwirtschaft verschwand — Nichterfüllung bezw. Verzug als ein strafbares Unrecht aufzufassen.[1])

Huber wenigstens erblickt in seiner Darstellung des schweizerischen Privatrechts die ökonomische Ursache für diese deliktische Auffassung der Nichterfüllung in der Eigenart der alten Naturalwirtschaft. Man wird wohl aber diese Ableitung für das gesamte germanische Recht gelten lassen, da dessen mannigfaltige Rechtssysteme in der pönalen Struktur des Vertragsverhältnisses übereinstimmen und wir hierdurch auf einen gemeinsamen Ursprung dieser Anschauungsart hingewiesen werden.

Indem man bei Nichterfüllung bezw. Verzug die rechtlichen Folgen der Missetat eintreten ließ, legte man dem Schuldner eine in der Regel fixierte Säumnisbuße[2]) auf, ohne Rücksicht auf ein im Einzelfalle größeres oder geringeres Interesse des Gläubigers. Die Säumnisbuße steigerte sich allerdings gewöhnlich mit der Dauer des Verzuges. In einigen Fällen war der Betrag auch von der Höhe der Hauptschuld abhängig, also beweglich; so betrug z. B. im schwedischen Westgötaland die Säumnisbuße hinsichtlich des geschuldeten Pachtzinses ebensoviel wie dieser selbst. Der Regel nach aber war, wie erwähnt, die Buße von der Höhe der Hauptschuld unabhängig, sie war unbeweglich, „stabhaft".[3])

In dieser Weise finden wir in ältester Zeit das germanische Recht durch die strafrechtliche Behandlung des Vertrags-

[1]) Vgl. Lex Salica LII; Gerber, System S. 341 ff.; Stobbe, Handbuch S. 227 ff.; Brunner, Rechtsgeschichte S. 188; Huber, a. a. O.; Hübner, Grundzüge § 76; v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I §§ 59, 60, II §§ 48, 49; v. Amira, Grundriß § 67.

[2]) von der also ein Teil an den Gläubiger, ein kleinerer Teil — als fredus — an die öffentliche Gewalt fiel.

[3]) Vgl. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I a. a. O.; v. Amira, Grundriß a. a. O.

verhältnisses charakterisiert, und wie sehr diese Behandlungsweise in der Rechtsüberzeugung eingewurzelt war, zeigt sich besonders deutlich darin, daß es noch in späterer Zeit, wo mit dem Bußensystem auch das Vertragsstrafenrecht allmählich zurücktrat, üblich war, in die Schuldurkunde Strafklauseln aufzunehmen, welche die Verletzung der in der Urkunde verbrieften Rechtsgeschäfte, im besonderen den Verzug, mit Strafe bedrohten.[1])

Im Mittelalter verschwanden die gesetzlichen Säumnisbußen, die schon in der fränkischen Zeit mehr und mehr in den Hintergrund getreten waren, allgemein.[2]) Nur in dem uralten „Rutscherzins" erhielt sich der Gedanke der gesetzlichen Verzugsstrafe auch noch über das Mittelalter hinaus.[3]) Hiernach hatte der Zinsmann den geschuldeten Betrag in fortlaufender, meist das Doppelte erreichender Steigerung zu entrichten, und zwar stieg er, wie aus dem Sachsenspiegel[4]) und zahlreichen Weistümern[5]) hervorgeht, nach Tagen und Stunden auf.

Abgesehen von dieser Sonderscheinung sowie von der Tatsache, daß in bestimmten Mietfällen die Säumnisbuße durch eine fixierte Interessenvergütung ersetzt wurde, blieb es im übrigen Sache der Parteien, eine Schadensersatzpflicht besonders zu vereinbaren, „den Schaden zu geloben", was gewöhnlich durch Aufnahme eines Schadensgedinges in den Schuldbrief geschah.[6]) Häufig kam es vor, daß bei dieser Gelegenheit dem Gläubiger das Recht eingeräumt wurde, seinen Schaden ohne Eid und ohne Zeugenbeweis durch sein bloßes „schlichtes Wort" zu bestimmen.

---

[1]) Vgl. Huber, a. a. O.; Hübner, a. a. O.; Sjögren, Konventionalstrafe S. 100 ff.

[2]) Vgl. Huber, a. a. O.; Hübner, a. a. O.; v. Amira, Grundriß a. a. O.

[3]) Vgl. Hübner, a. a. O.

[4]) Ssp. I 54 § 2.

[5]) z. B. aus dem Aspeler Hofrecht.

[6]) Vgl. Brunner, a. a. O.; Hübner, a. a. O.; v. Amira, Grundriß a. a. O.

So war das mittelalterliche Recht über die Starrheit des Vertragsstrafensystems insoweit hinausgelangt, als es wenigstens durch Parteiberedung möglich wurde, die Ersatzleistung dem wirklich erlittenen Schaden anzupassen. Eine allgemeine gesetzliche Schadensersatzpflicht entwickelte sich freilich nicht. Vielmehr wurde diese Lücke nur durch einzelne Rechte ausgefüllt, und zwar von den Landrechten namentlich durch das nordische, insonderheit isländische Recht,[1]) welches den Verzugszins (logleiga) ausbildete, und in Deutschland namentlich durch die Stadtrechte des späteren Mittelalters, insonderheit der hanseatischen Städte.[2])

In derselben Zeit finden wir auch bei manchen Stadtrechten in beschränkter Weise den Rücktritt vom Vertrage ausgebildet. Hiernach durfte der Verkäufer den Verzug des Käufers bei Gericht anmelden und daraufhin vom Vertrage zurücktreten. Vielfach mußte ihm der Käufer, falls er durch anderweiten Verkauf des Gegenstandes nicht den vollen Preis erzielte, außerdem noch den Mindererlös erstatten.[3])

Die Rezeption brachte in Deutschland das römische Recht zu fast ausschließlicher Geltung.[4])

Der Standpunkt des gemeinen Rechts soll uns im folgenden beschäftigen.

---

[1]) Vgl. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II a. a. O., v. Amira, Grundriß a. a. O.

[2]) Vgl. Hübner, a. a. O.; v. Amira, Grundriß a. a. O.; Stobbe, a. a. O. S. 228; Syst. Schöffenrecht 3. Buch, Teil II Kap. 90.

[3]) Stobbe, a. a. O. S. 242; Gerber, a. a. O. S. 342; Hübner, a. a. O.; Münchener Stadtrecht art. 39; Wiener Stadtrecht art. 62.

[4]) Vgl. Stobbe, a. a. O. S. 242; Huber, a. a O.; Hübner, a. a. O.

III. Teil.
Das gemeine Recht.

§ 8. Standpunkt des gemeinen Rechts.

Das gemeine Recht fußt auf dem römischen Recht. Wissenschaft und Praxis stimmen in dem Grundsatze überein, daß beim gegenseitigen Vertrage der Verzug des einen Teils den anderen nur berechtige, die Erfüllung und das Verzugsinteresse zu verlangen, nicht aber vom Vertrage zurückzutreten.

Doch wird im Gegensatz zum römischen Recht die Ausnahme anerkannt, daß der Gläubiger, wenn ihm die Leistung infolge des Verzuges völlig nutzlos geworden ist, vom Vertrage ganz zurücktreten darf.

Zum Nachweis der theoretischen Geltung dieser Auffassung verweisen wir auf folgende Ausführungen:

„Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß bei allen zweiseitigen Verträgen die Nichterfüllung des einen Teils den anderen nur berechtigt, auf Erfüllung und Schadensersatz zu klagen, nicht aber vom Vertrage zurückzutreten. Nur in dem Falle, wenn die Erfüllung nach eingetretenem Verzuge des Schuldners den Umständen nach dem Gläubiger nichts mehr nützen würde, ist der Rücktritt nachgelassen.“ [1])

„Der Grundsatz, daß, wenn der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der andere, abgesehen von den durch Gesetz oder Vereinbarung festgesetzten Ausnahmen, deshalb nicht berechtigt ist, einseitig vom Vertrage abzugehen, entspricht dem gemeinen Recht.“ [2])

„In Theorie und Praxis des gemeinen Rechts ist in dieser Richtung anerkannt, daß der Gläubiger zurück-

[1]) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten Teil II S. 129.

[2]) Motive zum Entwurf eines B.G.B. § 360.

treten könne, wenn die Leistung infolge des Verzuges für ihn kein Interesse hat.“ [1])

„Entsprang die Schuld aus einem zweiseitigen Geschäfte, so kann der Gläubiger, wenn er durch den Verzug den Vorteil daraus einbüßt, von demselben ganz abgehen.“ [2])

Zum Nachweise dafür, daß die angegebene Auffassung auch in der Praxis anerkannt wurde, verweisen wir auf folgende Entscheidungen oberster Gerichtshöfe:

Das AG. zu Celle [3]) spricht von der

„allgemeinen Regel, nach welcher die Mora des einen Kontrahenten dem anderen nicht das Recht gibt, vom Vertrage zurückzutreten,“

erkennt aber die Ausnahme an,

„daß der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen dann von dem Vertrage zurückzutreten befugt ist, wenn er an der Erfüllung desselben, an der Leistung des Schuldners, infolge der Mora des letzteren kein Interesse mehr hat, wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand der Obligation erreichen wollte und den er bei rechtzeitiger Leistung hätte erreichen können, durch die Mora des Schuldners vereitelt ist, oder wenn der Gläubiger, durch die Mora des Schuldners veranlaßt, einen anderen Weg zur Erreichung des Zweckes eingeschlagen hat, sodaß ihm der Gegenstand der Obligation jetzt nutzlos ist.“

Das OAG. zu Lübeck [4]) geht von der Ansicht aus,

„daß eine bloße Verspätung der Erfüllung an sich nicht berechtige, ohne weiteres von dem Kontrakte zurückzutreten; nur dann ließe sich eine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuieren, wenn in einem einzelnen Falle die verspätete Lieferung dem Kontrahenten

[1]) Motive zum Entwurf eines B.G.B. § 369.
[2]) Seuffert, Pandekten II § 246.
[3]) Seuffert, Entscheidungen n. F. V, 14.
[4]) Seuffert, Entscheidungen XI, 230.

ganz unnütz oder zwecklos sein sollte und er von derselben gar keinen Gebrauch mehr zu machen im stande wäre."

Nach der Meinung des Reichsgerichts[1])

„waltet ... kein Bedenken darüber ob, daß unter den gegebenen Verhältnissen ... Kläger berechtigt war, ... wegen der ... nicht geschehenen Erfüllung vom Vertrage zurückzutreten; eine spätere Erfüllung hatte für ihn keinen Wert."[2])

Windscheid[3]) gibt dem Gläubiger, dem die spätere Erfüllung nutzlos sein würde, kein wahres Rücktrittsrecht, sondern, gestützt auf seine Auffassung der besprochenen l. 24 § 4 D. 19,2, nur ein Recht, die verspätete Leistung zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Er ist jedoch, wie aus einer anderen Stelle[4]) hervorgeht, der Ansicht, daß diese Konstruktion mindestens den gleichen Erfolg erzielt, wie ihn ein Rücktrittsrecht erzielen würde, „nur daß es dem Gläubiger unbenommen bleibt, auch noch sein anderweites Interesse geltend zu machen." Auf demselben Standpunkte steht Mommsen;[5]) und auch in der Praxis wird er vertreten.[6])

Wenn wir die vorstehenden Zitate überblicken, so erkennen wir als den gemeinrechtlichen Standpunkt, daß der Gläubiger, dem die verspätete Leistung nutzlos sein würde, jedenfalls einen Erfolg herbeiführen kann, wie wenn er den Vertrag durch Rücktritt aufgehoben hätte. Bestritten ist nur, auf welchem theoretischen Grunde dieser Erfolg aufzubauen ist, ob er sich nämlich wirklich aus einem besonderen Rücktrittsrechte ergibt oder schon durch den Interesseanspruch selbst gerechtfertigt erscheint.

Diese Frage wollen wir zunächst zu entscheiden suchen.

---

[1]) Reichsgericht, Entsch. Bd. 4, 52.

[2]) Vgl. ferner Seuffert, Entscheidungen n. F. III, 294; n. F. V, 115; n. F. XIII, 101.

[3]) Windscheid, Pandekten § 82 N. 1.

[4]) Windscheid, a. a. O. § 394 N. 24.

[5]) Mommsen, Beiträge III S. 258.

[6]) Vgl. ferner Seuffert, Entscheidungen n. F. I, 126.

B. Begründung des gemeinrechtlichen Rücktritts.

§ 9. Der Versuch einer Herleitung aus dem Interessebegriff.

Wir haben uns bereits oben bei Gelegenheit der Besprechung der l. 24 § 4 D. 19,2 zu der Auffassung bekannt, daß lediglich aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes der Gläubiger, dem die verspätete Leistung nutzlos sein würde, dieselbe zurückweisen kann, während er selbst vermöge der nunmehr perpetuierten exceptio non adimpl. contr. gleichfalls nicht zu leisten braucht.

Wir wollen an dieser Stelle einen Einwand erledigen, den Kniep[1]) gegen diese Auffassung vorbringt.

„Völlig wertlos," behauptet Kniep, „ist eine Sache erst, wenn sie untergegangen.... Hier haben wir es nur mit einer Leistung zu tun, die dem Zwecke nicht mehr entspricht, dem sie von Haus aus dienen sollte. Die Leistung ist nicht absolut unbrauchbar; sie hat für den Gläubiger nur den vollen Wert nicht mehr."

Dieser Einwand, so richtig er sich theoretisch ausnimmt, erweist sich jedoch als falsch, wenn man auf die konkreten Lebensverhältnisse achtet.

Ich bestelle z. B. bei einem auswärtigen Buchhändler ein Buch, um es meinem Freunde zum Geburtstage zu schenken, schreibe auch dem Buchhändler, ich brauchte es pünktlich. Da er es mir aber nicht schickt, kaufe ich mir anderswoher ein Buch und schenke meinem Freunde dieses. Am nächsten Tage bietet mir jedoch der Buchhändler das bestellte Buch an. Hat jetzt dieses Buch für mich noch einen Verkaufswert? Ganz gewiß nicht. Diesen Verkaufswert hat es wohl auf dem Büchermarkte, aber nicht in meiner Hand: ich bin vielleicht Beamter und handle nicht mit Büchern; daher kann ich es nirgends wieder unterbringen. War also das Buch nicht von vornherein für meinen Bedarf bestimmt, so ist es für mich völlig wertlos.

---

[1]) Kniep, Mora II S. 351.

Es ist also billig, wenn der Gläubiger verlangt, daß die Unbrauchbarkeit der Leistung für den bestimmten Zweck der völligen Nutzlosigkeit gleichgeachtet wird.

Können wir daher an der Auffassung festhalten, daß die Zurückweisung der unbrauchbaren und die Einbehaltung der eigenen Leistung allein aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes folgt, so müssen wir uns der Konstruktion Mommsens[1]) anschließen:

„Auf die angegebene Weise wird dem Effekte nach dasselbe bewirkt, wie wenn der Gläubiger in dem zur Frage stehenden Falle von dem Vertrage zurücktreten könnte."

Dagegen bemerkt Kniep,[2]) daß er auf derartige „Wendungen", wie „es wird dem Effekte nach dasselbe bewirkt, wie wenn — —" nicht allzuviel gebe. Und nun sucht er Mommsen mit folgendem Schulbeispiel ad absurdum zu führen: „Wenn vermittelst Dampfkraft dem Effekte nach dasselbe bewirkt wird, wie wenn ich von Rostock nach Berlin gereist wäre, so sollte ich meinen," sagt Kniep, „daß ich in Wirklichkeit von Rostock bis nach Berlin gereist bin".

Mit diesem Schulbeispiel hat Kniep allerdings auf Mommsens „Wendungen" doch allzuwenig gegeben; sonst wäre ein solches Mißverständnis nicht möglich gewesen.

Mommsen hat unzweifelhaft logisch nach dem Satz vom Grunde argumentiert: eine Folge kann sich aus sehr verschiedenen Gründen ergeben; also kann sich die Folge, welche in der Zurückweisung der verspäteten Leistung und Einbehaltung der eigenen Gegenleistung besteht, sowohl aus dem Grunde des Interesseanspruchs wie aus dem Grunde des Rücktritts ergeben. Nun ist es aber jedenfalls gewiß, daß die Mora einen Interesseanspruch erzeugt. Wenn sich daher der bezeichnete Erfolg aus dem Interesseanspruch gewinnen läßt, dann brauchen wir eben keinen Rücktritt.

[1]) Mommsen, Beiträge III S. 258.

[2]) Kniep, Mora II S. 348.

Dieser Gedanke, der dem Argumente Mommsens offensichtlich zugrunde liegt, ist klar und einfach. Kniep aber kehrt in seinem Schulbeispiel die Praemissen um, die Mommsen aufstellte, und so kommt er zu seinem sonderbaren Schlusse.

Man wird sich daher für den erwähnten Fall, daß der Gläubiger seinerseits noch nicht geleistet hat, den Ausführungen Mommsens anschließen: hier kommen wir mit einem Interesseanspruche allein zum Ziele.

Mommsen[1]) will ihn jedoch auch für den Fall aufrecht erhalten, daß der Gläubiger bereits geleistet hat. Zwar gibt er zu, daß das Interesse des Gläubigers, welches er unter Zurückweisung der Leistung wegen Nichterfüllung geltend macht, größer oder geringer sein kann als seine eigene Gegenleistung; im Zweifel seien jedoch Leistung und Gegenleistung dem Werte nach gleichzuachten, und deshalb könne der Gläubiger statt der Leistung des Interesses die Restitution der Gegenleistung in Anspruch nehmen.

Indessen diese Argumentation kann nicht als überzeugend gelten. Zweifellos gibt es zahlreiche Fälle, wo die beiderseitigen Leistungen verschiedenen Wert haben, im besonderen also, wo die Gegenleistung des Gläubigers mehr wert ist. Im gemeinen Recht wird nun aber tatsächlich ohne Rücksicht auf das Wertverhältnis ein Rückforderungsrecht anerkannt. Wie sollen wir das also in solchen Fällen aus dem bloßen Interesseanspruche herleiten können!

Und ferner: selbst wenn die Leistungen gleich viel wert sind, meine eigene Gegenleistung aber eine Sachleistung ist, so würde doch daraus nur folgen, daß, wenn ich den Wert der mir geschuldeten Leistung nicht beweisen kann, daß ich dann zum Beweise des Wertes meiner eigenen Gegenleistung die Zuflucht nehmen und diesen Wert als Ersatz verlangen darf, nicht aber die Restitution der Gegenleistung selbst.

[1]) Mommsen, a. a O.

Mommsen[1]) definiert ja das Interesse als die „Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde". Nun würde ich doch ohne die Dazwischenkunft des Verzuges die von mir gemachte Gegenleistung ganz sicher nicht gehabt haben. Wenn also kein besonderer Grund dafür vorliegt, daß gerade diese für den Ausfall der mir geschuldeten Leistung der beste Ersatz ist, so werde ich mich naturgemäß mit dem allgemeinen Wertersatzmittel des Geldes begnügen müssen.

Gesetzt den Fall, ich tausche zwei kostbare Hunde gegen ein Pferd, leiste vor und sage dem Veräußerer des Pferdes, ich brauchte das Pferd zu einem Rennen, er solle es mir daher pünktlich liefern. Das Pferd bleibt aber aus. Ich bin genötigt, mir für das Rennen ein anderes Pferd zu kaufen, das spätere Angebot des ersten Pferdes als nutzlos zurückzuweisen und nun Schadensersatz zu verlangen. Folgt daraus, daß ich einen Anspruch auf Restitution der beiden Hunde habe? Offenbar nur in dem Falle, wenn ich nachweise, daß ich das Pferd für mich behalten und nicht verkaufen wollte, daß mir also Geld keinen vollen Ersatz bietet, und ferner, daß ich die beiden kostbaren Hunde nicht weggegeben hätte, wenn es mir nicht gerade auf dieses bestimmte Pferd angekommen wäre.

In diesem Falle wäre mein Schaden allerdings durch Restitution der Hunde besser gedeckt als durch bloßes Geld; aber auch nur in diesem Falle. Sonst könnte ich daher lediglich Ersatz in Geld verlangen. Das gemeine Recht gibt nun aber ein Rückforderungsrecht, ohne daß dieser Fall vorzuliegen braucht. Also kann sich das Rückforderungsrecht nicht aus einem Schadensersatzanspruche herleiten.

[1]) Mommsen, Beiträge II S. 1.

Aus diesen Gründen können wir das Rückforderungsrecht, welches die gemeinrechtliche Lehre bei der durch den Verzug des Schuldners bewirkten Nutzlosigkeit der Leistung dem Gläubiger zuerkennt, nicht auf das theoretische Fundament des bloßen Interesseanspruches stellen. Wir müssen es vielmehr aus einem besonderen Rücktrittsrechte des Gläubigers herleiten, welches selbständig neben dem Interesseanspruche steht. Da der Rücktritt den Vertrag zur Auflösung bringt, so folgt notwendig der Anspruch auf Restitution der Gegenleistung.[1]) —

Wie ist nun das gemeine Recht dazu gekommen, einen solchen Rücktritt zu gestatten?

---

[1]) Diejenigen Schriftsteller, die schon für das römische Recht aus l. 24 § 4 D 19, 2 ein Rücktrittsrecht herleiten, wie z. B. Sintenis, Zivilrecht a. a. O., können die gleiche Stelle natürlich auch für das gemeine Recht zur Grundlage nehmen. Unter den Schriftstellern, die eine allgemeine Erklärung zu liefern suchen, gibt es viele, welche dem Gläubiger zwar ein wahres Rücktrittsrecht zugestehen; so wie jedoch Mommsen den Erfolg eines Rücktrittsrechts aus dem Interesseanspruche herleitet, leiten diese das Rücktrittsrecht selbst daraus her; so namentlich Seuffert (Pandekten II § 246) und Puchta (Vorlesungen II § 260); so die Mehrzahl der oben zitierten Entscheidungen. Nach Seuffert „haftet der säumige Schuldner dem Berechtigten für das gesamte Interesse, und das Interesse des letzteren kann gerade darin bestehen, auch seinerseits von dem Geschäfte abzugehen und die von ihm versprochene Leistung, wenn sie bereits gegeben ist, zurückzufordern oder dieselbe zu unterlassen". Hiergegen wird man einwenden müssen, daß es nicht angängig ist zu sagen, das Interesse bestehe in einem Abgehen vom Vertrage, d. h. in einem Rücktritt selbst. Wenn mir wirklich der Interesseanspruch das Recht gibt, meine Gegenleistung einzubehalten oder zurückzufordern, so bedarf er zu diesem Erfolge eben nicht der Vermittelung des Rücktritts. Denn der Rücktritt ist ein abstrakter Vorgang, welcher die Auflösung des Vertrages bedeutet und vermöge dieser Auflösung die Einbehaltung der Gegenleistung bezw. die Rückforderung derselben erst ermöglichen soll. Wenn aber dieser Effekt schon aus dem Interesseanspruche folgt, so ist es ganz überflüssig, die neue abstrakte Rechtsfigur des Rücktritts überhaupt erst einzuführen. Eine Klage auf Restitution würde sich dann eben nicht auf die Auflösung des Vertrages stützen, sondern im

§ 10. Der Versuch einer Herleitung aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages.

Es liegt zunächst sehr nahe, den Rücktritt aus einer veränderten Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages selbst zu deduzieren. Konstruiert man nämlich die beiderseitigen Obligationen als voneinander abhängig, indem man die Tatsache berücksichtigt, daß jeder Kontrahent sich nur im Hinblick auf die Gegenleistung zu leisten verpflichtet hat, daß er also bei der Eingehung seiner Verbindlichkeit von der Voraussetzung ausging, auch der andere Teil würde sein Versprechen halten, so könnte man in der Tat aus dieser Auffassung für den Fall, daß der Verzug des einen Kontrahenten seine Leistung nutzlos macht, ein Rücktrittsrecht des anderen auf rein theoretischem Wege ableiten.

Denn da eine nutzlose Leistung der Nichtleistung gleichsteht, so ist mit diesem endgültigen Wegfall der Leistung das Fundament erschüttert, auf welchem die Verbindlichkeit des nichtsäumigen Kontrahenten ruhte; es müßte ihm daher freigegeben werden, auch von seiner eigenen Verbindlichkeit zurückzutreten.

So nahe indessen diese Deduktion auch liegen mag, es bleibt doch zu beweisen, daß wirklich eine derartige Konstruktion des gegenseitigen Vertrages im gemeinen Rechte Geltung hatte. Kübel[1]) bezeichnet allerdings die Auffassung, welche die gegenseitige Abhängigkeit der Obligationen betont, als die gemeinrechtlich herrschende.[2]) Aber

---

Gegenteil auf den vorhandenen Vertrag, indem das Interesse an dessen Nichterfüllung geltend gemacht wird.

Will man also überhaupt den Interesseanspruch zur Grundlage nehmen, so kann man darauf niemals den Rücktritt selbst, sondern immer nur den Erfolg eines solchen aufbauen. Im Texte glauben wir jedoch gezeigt zu haben, daß auch dieses unmöglich ist und folglich ein selbständiges Rücktrittsrecht angenommen werden muß.

[1]) Kübel, Teilentw. II, 2. Buch I. Teil Abschnitt 1 Titel 2, I, 3, zu §§ 1—3.

[2]) v. Savigny, Obligationenrecht II S. 12; Mommsen, Beiträge I S. 348, III S. 415; Puchta, Vorlesungen II § 232; Sintenis, Zivilrecht II S. 292 ff.

zugegeben selbst, sie sei die herrschende gewesen, so liegt darin noch kein Beweisgrund dafür, daß sie auch wirklich dem gemeinen Rechte entsprochen habe. Freilich ist das gemeine Recht bloßes Gewohnheitsrecht, und es wird daher im allgemeinen die herrschende Ansicht auch die geltende Rechtsüberzeugung wiedergeben. Aber es muß doch die Beweiskraft der herrschenden Meinung auf Rechtsnormen allein eingeschränkt werden; das Wesen des gegenseitigen Vertrages dagegen bezeichnet keine Rechtsnorm, sondern eine bloße Abstraktion, die ihrerseits aus anderen Rechtsnormen gewonnen werden soll; daher denn nicht die herrschende Meinung, sondern nur jene Rechtsnormen selbst ein Kriterium für das Wesen des gegenseitigen Vertrages beizubringen vermögen.

Stützen wir uns aber auf gegebene Normen, so finden wir, daß dieselben Argumente wie im römischen Recht auch noch im gemeinen Rechte die relative Sonderung der beiderseitigen Obligationen bezeugen. Namentlich kommt hier folgende Erwägung in Betracht: schon im römischen Rechte konnte der Satz „periculum est emptoris“, selbst wenn er nicht in dem allgemeinen Grunde der Unabhängigkeit der beiden Obligationen, sondern in besonderen Gründen seinen Ursprung gehabt haben mochte, mit einer Konstruktion, die von der Abhängigkeit der beiden Obligationen ausging, nicht gut vereinbar erscheinen. Im gemeinen Recht aber, wo die eigenartig römischen Auffassungen, auf die jener Satz vielfach zurückgeführt wird, jedenfalls nicht mehr zutrafen, hätte er vollends sogleich zusammenstürzen müssen, wenn die Konstruktion des gegenseitigen Vertrages dazu gedrängt haben würde. Das Ausbleiben dieses Erfolges ist daher eher als ein neues Argument dafür zu erachten, daß die von Dernburg vertretene Theorie, welche die beiderseitigen Obligationen als relativ selbständig konstruiert, auch im gemeinen Recht ihre Geltung bewahrt hat.

Wenn so viele Schriftsteller das Wesen des gegenseitigen Vertrages im Sinne einer Abhängigkeit der Obligationen darstellen, so ist das zwar durch ein natürliches Rechts-

bewußtsein, nicht aber durch positiv gegebene Normen des gemeinen Rechtes selbst begründet. Und auch diese Schriftsteller — das ist sehr auffallend — erklären das im Falle der Nutzlosigkeit der verspäteten Leistung eingeräumte Rücktrittsrecht, sofern sie es nicht schon für das römische Recht anerkennen, gar nicht aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, obwohl das doch so nahe liegt, sondern sie bringen es mit dem Interesseanspruch in Zusammenhang. Man kann daraus schließen, daß sie sich scheuten, das in dem bezeichneten Falle anerkannte Rücktrittsrecht auf den schwankenden Boden zu stellen, den die bestrittene Natur des gegenseitigen Vertrages bildete, und daß sie lieber zu einem bewährteren Mittel ihre Zuflucht nahmen, wie es ihnen der Interesseanspruch an die Hand gab.

Da nun aber sowohl der Interesseanspruch wie die gemeinrechtliche Konstruktion des gegenseitigen Vertrages nicht geeignet sind, einen theoretischen Erklärungsgrund für das Rücktrittsrecht abzugeben, so muß man überhaupt darauf verzichten, es theoretisch zu deduzieren, und muß in praktischen Notwendigkeiten eine Erklärung zu finden suchen.

§ 11. Herleitung des Rücktrittsrechtes aus praktischen Gründen.

Halten wir daran fest, daß vom Standpunkte des gemeinen Rechts der Gläubiger vollständig zufriedengestellt ist, wenn er seinen ganzen Schaden ersetzt bekommt, so werden wir von dem Schadensersatzanspruche, trotzdem wir ihn nicht als theoretischen Erklärungsgrund verwenden können, gleichwohl unseren Ausgangspunkt nehmen müssen. Wir werden zu zeigen suchen, daß die Durchführung des Interesseanspruches in den zahlreichen Fällen, wo er wirklich den Erfolg eines Rücktrittsrechtes herbeiführen würde, an den Schwierigkeiten des Beweises scheitern müßte; und um den Gläubiger von diesen Schwierigkeiten, in die er durch die Schuld des anderen Teils geraten ist, zu befreien, gibt es kein anderes Mitttel, als ihm ohne weiteres den einfachen Rücktritt zu gestatten.

Gesetzt den Fall, ich kaufe ein Grundstück und biete für dasselbe einen Preis, der seinen Wert beträchtlich übersteigt. Ich tue das in voller Absicht, weil das Grundstück eine Reihe ideeller Vorzüge besitzt, auf die ich persönlich ein außerordentlich hohes Gewicht lege, z. B. eine sehr schöne Lage mit weiter Aussicht. Verzug und Nutzlosigkeit des späteren Angebots zwingen mich, die Leistung zurückzuweisen und Schadensersatz zu verlangen. Den Kaufpreis habe ich aber bereits gezahlt. Kann ich ihn zurückverlangen? Da das Grundstück weniger wert ist, offenbar nicht; denn ideeller Schaden wird mir nicht ersetzt.

Hier zeigt sich also der Mangel des Interesseanspruches. Freilich ist es ein allgemeines Schicksal, daß man für ideellen Schaden keinen Ersatz findet. Aber hier, wo ich dem ideellen Vorteile zuliebe bewußterweise ein materielles Opfer gebracht habe, tritt die Notwendigkeit des Ersatzes gebieterisch auf.

Nun könnte man sich mit dem Interesseanspruche noch insofern helfen, als man sagt: Der Grund, weswegen im allgemeinen ideeller Schaden nicht ersetzt wird, ist der, daß es für seine Größe gar keinen Maßstab gibt; hier aber ist ein solcher Maßstab in dem Plus der Gegenleistung selbst gegeben; derjenige Betrag, den ich über den reellen Wert bezahlt habe, beweist ja, wieviel mir die ideellen Vorteile wert waren; folglich könnte ich aus dem Gesichtspunkte des Interesses den ganzen Kaufpreis zurückfordern.

Dieses Argument ist sicher theoretisch korrekt. Aber nun wäre der Käufer gezwungen nachzuweisen, daß er den Mehrbetrag gerade den ideellen Vorteilen zuliebe bezahlt habe, nicht aber auf Grund einer bloßen falschen Beurteilung des reellen Wertes. Es liegt auf der Hand, daß dieser Beweis gar nicht zu erbringen ist: hier handelt es sich um völlig unkontrollierbare Momente. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als den Käufer von dem Beweise zu befreien. Ist er aber davon befreit, so kann er den Kaufpreis nun tatsächlich auch dann zurückfordern, wenn die Rückforderung aus dem Interesseanspruche nicht zu recht-

fertigen ist, wenn nämlich das Plus seiner Gegenleistung nichts weiter als ein schlechtes Geschäft bedeutet.

Hier ist der Punkt, wo die Rückforderung über den Interesseanspruch hinauswächst und wo die Notwendigkeit entsteht, dieser Rückforderung in dem Rücktritt ein neues theoretisches Fundament zu geben.[1])

Wir gehen zu einem zweiten Fall über, wo wir von ideellen Vorteilen absehen:

Ich kaufe Waren und bezahle im voraus einen Preis, der ihren Wert übersteigt, weil ich sie mit großem Vorteil weiterverkaufen kann. Als Schadensersatz wegen Nutzlosigkeit der verspäteten Leistung kann ich zunächst nur den objektiven Wert der Leistung selbst verlangen, wenn ich nicht den Gewinn nachweise, der mir durch den Wegfall einer möglichen Weiterveräußerung entgangen ist. Diesen Nachweis aber werde ich in vielen Fällen überhaupt nicht und in den möglichen Fällen oft nur unter Aufdeckung von Geschäftsgeheimnissen führen können.[2]) Solche Schwierigkeiten machen nun häufig meinen Interesseanspruch nahezu illusorisch, und es ergibt sich daher wiederum die Notwendigkeit, mich von dem Beweise meines Interesses zu befreien und mir wenigstens die Rückforderung der eigenen Gegenleistung als präsumptives Interesse zu gestatten. Ist diese Rückforderung aber einmal generell zugelassen, so umfaßt sie auch solche Fälle, wo sie im Interesseanspruche keinen Rückhalt mehr findet, so daß sie des Rücktrittsrechtes als einer neuen Grundlage bedarf.

Die bisherigen Beispiele sollten die Frage beantworten, warum eine Rückforderung der Gegenleistung statthaft sei, auch wenn sie den Wert der verspäteten Leistung übersteigt. Damit ist jedoch das Rückforderungsrecht nur für die Fälle begründet, wo die Gegenleistung allein in Geld

---

[1]) Fälle der hier erwähnten Art, wo ideelle Rücksichten die Höhe des Preises beeinflussen, werden fast immer beim Kaufe infungibler Sachen vorliegen; hier können ganz individuelle Liebhabereien die allergrößte Rolle spielen.

[2]) Vgl. Eiswaldt, Rücktritt S. 38.

besteht. Ist sie dagegen eine Sachleistung, so würde zunächst nur folgen, daß ich den Wert der Sache zurückverlangen dürfe, nicht aber die Restitution der Sache selbst (s. oben S. 36, 37).

Greifen wir auf das vorhin erwähnte Beispiel zurück, wo ich zwei Hunde gegen ein Pferd getauscht habe (s. oben S. 37).

Um die Hunde in natura zurückfordern zu dürfen, muß ich, wie erwähnt, beweisen, daß ich das Pferd nicht hätte verkaufen wollen, in meiner Endabsicht also nicht auf Geld abzielte, und zweitens, daß ich die Hunde gerade nur für dieses Pferd hingeben wollte, so daß, wenn ich das Pferd nicht erhalte, mein Schaden durch Restitution der Hunde besser als durch Geld gedeckt wäre. Das sind die Voraussetzungen, unter welchen der Interesseanspruch zur Restitution der Hunde führen würde.

Ist es nun nicht ersichtlich, daß es auch hier gar keine Möglichkeit gibt, für die Prämissen des Rückforderungsrechtes Beweis zu erbringen? Wie soll die Behauptung, daß mir die Hunde nur für dieses Pferd feil gewesen wären, einer objektiven Kontrolle unterliegen! Auch hier bleibt also nichts übrig, als den Petenten von dem Beweise zu befreien, wenn er zu seinem Rechte kommen soll, und auch hier ergibt sich die Konsequenz, daß, wenn er die Voraussetzungen des Restitutionsanspruches im Sinne des Interesses nicht zu beweisen braucht, die Rückforderung auch da Platz greift, wo sie aus dem Interesse nicht gerechtfertigt ist.

Auch hier also müssen wir über den Interesseanspruch zum Rücktritt hinausgehen.

Es bliebe jetzt der Anspruch auf Naturalrestitution noch für den Fall zu begründen, wo meine Gegenleistung eine Sachleistung ist, der andere Teil mir aber Geld schuldet. Hier würde das obige Argument, daß ich die Gegenleistung nur der Leistung hätte opfern wollen, nicht zutreffen. Dieser Fall scheidet aber für uns insofern aus, als in der Tat im gemeinen Rechte der Verzug mit einer Geldleistung

niemals einen Rücktritt gestattet. Dies wird unten noch zu beweisen sein (s. unten S. 48).

Auch die Fälle kommen für uns nicht in Betracht, wo der Gläubiger noch nicht vorgeleistet hat. Denn hier ist, wie oben ausgeführt, das Recht zur Einbehaltung der Gegenleistung allerdings durch den Interesseanspruch allein gerechtfertigt. Einer besonderen Begründung bedurfte daher nur der Anspruch auf Rückforderung der schon vollzogenen Gegenleistung.

So konnten wir eine Erklärung des gemeinrechtlichen Rücktritts dadurch finden, daß wir von der praktischen, legislatorischen Notwendigkeit ausgingen, den Gläubiger von den Schwierigkeiten zu befreien, welchen die Durchführung des bloßen Interesseanspruches begegnen würde.

Kniep ist gleichfalls der Ansicht, daß sich der Effekt eines Rücktritts aus dem bloßen Interesseanspruche nicht herleiten lasse. Er nimmt den Interesseanspruch aber auch nicht einmal zum legislatorischen Ausgangspunkte und sucht ganz unmittelbare Gründe dafür zu finden, warum der Erfolg eines Rücktrittsrechtes auch in solchen Fällen eintreten solle, wo er durch das Interesse nicht gerechtfertigt sei. Diese Stellungnahme zu unserer Frage mußte sich für ihn mit dem Augenblicke ergeben, wo er überhaupt bestritt, daß Unbrauchbarkeit der verzögerten Leistung einen Interesseanspruch wegen Nichterfüllung erzeuge.[1]) Damit hatte er jeden Anknüpfungspunkt an den Interesseanspruch verloren.

Kniep[2]) will ein Rücktrittsrecht in dem Umfange zulassen, „als die Bedürfnisse des Lebens dies heutzutage gebieterisch erfordern“. Auf diese Weise kommt er zu dem Ergebnis, daß ohne Rücksicht auf die Unbrauchbarkeit der verzögerten Leistung ein Rücktritt gestattet sein solle, „wo es sich um Leistungen handelt, die nicht unmittelbar erzwingbar, aber anderweit leicht zu beschaffen

[1]) Kniep, Mora II S. 351.
[2]) Kniep, Mora II S. 372.

sind, oder wo wenigstens der Gläubiger nachweisen kann, daß er sich selber viel schneller helfen kann, als dies bei Anwendung des Zivilzwanges möglich ist".[1])

Ob dieses Ergebnis de lege ferenda gerechtfertigt ist, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls steht es in völligem Widerspruch zur Theorie und Praxis des gemeinen Rechts.

C.

§ 12. Rückblick.

Wir fassen nunmehr den gemeinrechtlichen Standpunkt in einem kurzen Überblick zusammen:

Im allgemeinen gilt der römische Grundsatz: Verzug beim gegenseitigen Vertrage gewährt neben dem Anspruch auf Erfüllung nur einen Anspruch auf das Verzugsinteresse. In dem besonderen Falle, daß die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, kann er:

1. in Übereinstimmung mit dem römischen Recht unter Zurückweisung der verspäteten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (l. 24 § 4 D. 19, 2),

2. im Gegensatze zum römischen Rechte von dem Vertrage zurücktreten.

Hinsichtlich des Rücktritts ist jedenfalls anerkannt, daß dem Gläubiger der Effekt eines Rücktrittes gewährt werden solle.

Es erhob sich die Frage, ob nicht der gleiche Effekt schon aus dem bloßen Interesseanspruche hergeleitet werden könnte; die Bejahung dieser Frage würde die Überflüssigkeit eines besonderen Rücktrittsrechtes ergeben haben.

Wir konnten jedoch im Anschluß an Mommsen mit dem Interesseanspruche nur den Fall decken, wo der Gläubiger noch nicht vorgeleistet hat.

Hat er dagegen bereits vorgeleistet, so würde sich die Rückforderung der Leistung, welche das gemeine Recht tatsächlich gewährt, in vielen Fällen nicht erzielen lassen.

[1]) Kniep, Mora II S. 382.

Für diese mußten wir daher in dem Rücktritt eine selbständige Grundlage anerkennen.

Nunmehr aber erhob sich die Frage, worin denn dieses Rücktrittsrecht selbst seine Grundlage habe.

Da wir in dem Wesen des gegenseitigen Vertrages eine solche nicht nachweisen konnten, mußten wir uns auf praktische Notwendigkeiten stützen.

Dabei zeigte es sich aber, daß es nicht, wie Kniep annimmt, unmittelbare Gründe gewesen sein können, welche zur Einräumung eines Rücktrittsrechtes drängten; vielmehr muß der mittelbare Grund darin gelegen haben, daß die Durchführung des Interesseanspruches in den Fällen, wo er wirklich eine Restitution verlangte, an der Unkontrollierbarkeit seiner Voraussetzungen gescheitert wäre.

Daraus ergab sich die Notwendigkeit, das Rückforderungsrecht von den Voraussetzungen des Interesseanspruches zu befreien, so daß es auch in den Fällen Platz greifen mußte, wo es als Interesse nicht legitimiert war.

Damit haben wir für die Erklärung des Rücktrittsrechtes im gemeinen Recht eine Mittelstellung zwischen Mommsen und Kniep gewonnen: Mommsen hält sich ausschließlich an den Interesseanspruch, Kniep dagegen überhaupt nicht.

Statt dessen haben wir legislatorisch den Interesseanspruch zum Ausgangspunkte genommen, sind aber theoretisch über ihn hinausgelangt.

D.

§ 13. Ausgangspunkt der Weiterentwicklung.

Hätte man im gemeinen Rechte die römische Konstruktion des bilateralen Vertrages wirklich verlassen, so hätte man den Rücktritt beim Leistungsverzuge in viel weiterem Umfange gestatten müssen, als dies tatsächlich der Fall war.

Es soll damit nicht gesagt sein, daß aus einer Konstruktion, die von der Abhängigkeit der beiden Obligationen ausginge, die Erweiterung des Rücktrittsrechtes schon von selbst gefolgt wäre. Aus der Abhängigkeit der Obligationen würde zunächst nur folgen, daß jeder Teil sich von seiner

Verbindlichkeit dann lossagen kann, wenn die Leistung des anderen Teils endgültig wegfällt, also z. B. wenn sie unmöglich oder infolge Verzuges dem Gläubiger nutzlos wird. Dagegen würde der Verzug schlechthin theoretisch noch kein Rücktrittsrecht begründen können. Hätte man aber mit einer solchen Konstruktion erst einmal zugegeben, daß wenigstens in gewissen Fällen das Rücktrittsrecht schon aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages fließe, so hätte man damit anerkannt, daß jedenfalls begrifflich dem gegenseitigen Vertrage kein Prinzip der Unlösbarkeit seiner Verpflichtungen überhaupt innewohne; daher hätte die theoretische Struktur des gegenseitigen Vertrages mindestens keinen Widerstand leisten können, wenn praktische Notwendigkeiten eine Erweiterung des Rücktrittsrechtes erforderten.

Und solche praktische Notwendigkeiten waren in der Tat gegeben.

Die Voraussetzung, an welche die Befugnis zurückzutreten gebunden war, war Nutzlosigkeit der verzögerten Leistung.

Aus diesem Grunde wurde ein Rücktritt zunächst fast immer unmöglich, wenn die Leistung in Geld bestand. Denn an der Leistung von Geld verliert man sein Interesse gewöhnlich nicht. „Es wird sich im Gegenteil noch steigern, da man Geld immer brauchen kann, auch wenn es zu spät kommt.“[1])

Der Gläubiger von Geldleistungen ist also stets auf die Erfüllungsklage angewiesen, und daraus können ihm die nachteiligsten Folgen erwachsen.

Als Beispiel diene ein Urteil des Appellationsgerichts zu Celle.[2]) Der Sachverhalt war folgender:

A. hatte dem B. sein Haus verkauft und übergeben, wogegen B. die Verpflichtung übernahm, den Kaufpreis in drei Raten abzuzahlen. Er leistete indessen nicht einmal die erste Rate. A. klagte auf Zahlung, B. wurde jedoch

[1]) Lehmann, Ausweitung S. 5.

[2]) Seuffert, Entscheidungen n. F. V, 14.

vergeblich gepfändet. Nunmehr erhob A. von neuem Klage mit dem Antrage, den Kaufvertrag für aufgehoben zu erklären.

Das Appellationsgericht wies jedoch die Klage mit der Begründung zurück, daß ein Fall der Nutzlosigkeit des etwa möglichen späteren Angebots nicht vorliege,

„da nicht ersichtlich — — —, daß der Gegenstand der beklagtischen Vertragsleistungen, mit denen der Beklagte in Verzug geraten ist, nämlich die Zahlung der rückständigen Kaufgeldsraten, falls dieselben etwa dem Kläger vom Beklagten nachträglich angeboten werden sollten, für ihn, den Kläger, keinen Wert oder doch nicht den bei dem Vertragsschlusse bezweckten Wert mehr haben würden."

Dieses Urteil zeigt zur Genüge, daß man den Rücktritt auch dann brauchte, wenn die Forderung des Gläubigers auf Geld ging, wie drückend also das Erfordernis der nutzlosen Leistung war. Freilich kann der Gläubiger hier immer noch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben und dabei mitbieten. Aber welche unabsehbaren Weiterungen muß er da befürchten, die man ihm billigerweise nicht zumuten kann! Und wie unbeliebt solche Weiterungen sind, zeigt ein Fall, den Lehmann[1]) erwähnt:

A. hatte sein Grundstück dem B. verkauft und übergeben. B. zahlte trotz mehrfacher Mahnung den Kaufpreis nicht, beharrte aber auf dem Vertrage. A. befürchtete nunmehr die Zahlungsunfähigkeit des B. und sah sich, um schnell von allem loszukommen, genötigt, gegen Einwilligung in die Wiederaufhebung des Kaufes eine Abfindungssumme zu zahlen.

In den angeführten Beispielen zeigte sich die Unzulänglichkeit des gemeinrechtlichen Rücktrittes für den Fall, daß der Gläubiger der Geldleistung bereits vorgeleistet hat.

Hat er aber seinerseits noch nicht vorgeleistet, so darf er den Leistungsgegenstand nicht anderweit verkaufen, da

[1]) Lehmann, Ausweitung S. 8.

er an den Vertrag gebunden bleibt. Klagt er nun auf Erfüllung, so kann sich der Gegenstand bis zum Ende des Prozesses verschlechtern und können ihm die besten Verkaufsgelegenheiten entgehen.[1]) Muß er dann endlich, da sich der Schuldner als zahlungsunfähig erweist, die Gegenleistung behalten, so hat er durch ihre Verschlechterung oder die nunmehrige Unmöglichkeit eines Verkaufes einen Schaden erlitten, den ihm der insolvente Schuldner nicht zu ersetzen vermag.[2])

Der Gläubiger von Geldleistungen also ist es zunächst, welcher die ungenügende Funktion der Wirkungen des Erfüllungsvollzuges zu spüren hat. Hier ist der Rücktritt versagt und damit natürlich auch der Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung, da letzterer an die gleiche Voraussetzung, nämlich die Nutzlosigkeit der verspäteten Leistung gebunden ist. „Und mindestens 90 % aller Verzugsfälle betreffen gerade die Mora in der Geldleistung.“[3])

Die bezeichnete Voraussetzung macht sich jedoch auch in sonstiger Beziehung auf die drückendste Weise fühlbar.

Wie schwer ist der Beweis der Nutzlosigkeit der Leistung zu erbringen![4]) Denn die Nutzlosigkeit hängt großenteils mit ganz persönlichen Verhältnissen des Gläubigers zusammen. Auch ist dieser häufig gezwungen, seine Geschäftsgeheimnisse aufzudecken.

---

[1]) Vgl. Jacobsohn, Rücktrittsrecht S. 46.

[2]) Allerdings hebt Windscheid (Pandekten II § 280 N. 1) mit Recht hervor: „Es ist ins Auge zu fassen, ob nicht der Gläubiger dadurch besondere Rechte gewinnt, daß der säumige Schuldner zugleich in mora accipiendi sich befindet. Diese Mora accipiendi kann namentlich von Bedeutung sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Ware weiter verkaufen dürfe. Darf er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsrechtes, welches in der Tat nicht vorhanden ist.“ Hier kann also der Gläubiger nach vorheriger Androhung zum Selbsthilfeverkaufe schreiten und sich durch den Erlös befriedigen. (Vgl. Dernburg, Pandekten II S. 121—122.)

[3]) Lehmann, Ausweitung S. 5.

[4]) Vgl. Lehmann, a. a. O. S. 6.

Das schlimmste Übel aber besteht darin, daß die Nutzlosigkeit der Leistung gewöhnlich unmittelbar dadurch herbeigeführt worden ist, daß der Gläubiger infolge des Verzuges gezwungen war, sich anderweit zu decken. Die Befugnis, hierdurch die Leistung nutzlos zu machen, kann ihm natürlich nicht nach Belieben eingeräumt sein, da sonst ein Zusammenhang zwischen der Mora und der Nutzlosigkeit nicht mehr anzuerkennen wäre. Es muß, wie Mommsen mit Recht hervorhebt,[1]) für den Gläubiger mindestens eine „begründete Furcht vorgelegen haben, daß sonst der Zweck, den er durch die Obligation erreichen wollte, vereitelt werden würde." Wenn sich also der Gläubiger anderweit decken will, so läuft er immer Gefahr, daß man in einem künftigen Prozesse seine Furcht für unbegründet befände, und er muß daher „ein schwankendes Brett betreten, auf dem er leicht straucheln kann."[2])

Wir haben einen deutlichen Beweis dafür, wie sehr man den Mangel des gemeinen Rechtes empfand, in einer Erscheinung, die sich die Juristen theoretisch gar nicht zu erklären vermochten: das war die Fortdauer der Innominatkontrakte.[3])

Im gemeinen Rechte galt der Grundsatz, daß der formlose Konsens in jedem Falle verbindliche Kraft habe.[4]) Dieses Konsensprinzip machte die Innominatkontrakte, deren Existenz im römischen Rechte nur durch die grundsätzliche Klaglosigkeit des nudum pactum erklärlich wird, zu einer theoretischen Unmöglichkeit;[5]) denn wenn der bloße Konsens einen Vertrag erzeugt, kann die Hingabe des res nur noch

[1]) Mommsen, Beiträge III S. 259.

[2]) Lehmann, a. a. O. S. 6.

[3]) Vgl. Lehmann, a. a. O. S. 53.

[4]) Vgl. Windscheid, Pandekten II S. 321 N. 10; Stryk, usus modernus lib. II, Titel 14 § 7.

[5]) Vgl. Stryk (a. a. O. § 5): „— — — non tamen video, qua ratione hodie defendi possit eorum sententia, qui quamvis ex pacto actionem concedant, pactum tamen permutationis alteriusve contractus innominati obligationem validam producere negant, sed adhuc poenitentiae locum esse asserunt."

Erfüllung und nicht mehr selbst das verpflichtende Moment sein.

Und dennoch bestanden die tauschartigen Innominatkontrakte fort.

Die Juristen des 18. Jahrhunderts wußten sich, um hierfür eine Erklärung zu finden, nicht anders zu helfen, als daß sie zu der Hypothese einer gewohnheitsrechtlichen Ausnahme ihre Zuflucht nahmen.[1])

Fragt man sich aber, wie sich denn diese gewohnheitsrechtliche Ausnahme selbst erklärt, so kann man den Grund nur darin finden, daß hier, wie oben erwähnt, der Verzug eine Rückforderung des Geleisteten gestattete; denn das ist die einzige konkrete Wirkung, welche die Innominatkontrakte von den Konsensualkontrakten unterscheidet.

Hier also haben wir ein unzweifelhaftes Zeugnis, wie das Rechtsbewußtsein eine Ausdehung der Rücktrittsbefugnis verlangte.

Die Nutzlosigkeit der verspäteten Leistung war die Voraussetzung, die fallen mußte. Hier lag das Bedürfnis, das einer Weiterentwicklung der Verzugswirkungen beim gegenseitigen Vertrage die Wege wies.

IV. Teil.

§ 14. Das französische Recht.

Wir haben schon oben darauf hingewiesen, daß die Hartnäckigkeit, welche das gemeine Recht dem Rücktritte gegenüber bewies, in der römischen Konstruktion des bilateralen Vertrages ihre Erklärung findet. Hätte man statt dessen eine Konstruktion gehabt, die in der Abhängigkeit der gegenseitigen Obligationen wurzelte, so hätte sich ein Rücktrittsrecht im Falle des Leistungsverzuges mit großer Schnelligkeit durchsetzen müssen.

Wir haben das beste Beispiel am französischen Recht.

[1]) Vgl. Seuffert, Oblig. Verträge S. 143; Erxleben, Condictiones II S. 469.

Als das römische Recht in Frankreich rezipiert wurde, verdrängte es die älteren französischen Rechtsgedanken vor allen Dingen auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Aber auch hier erhielten sich einige nationale Reste, um mit den entsprechenden römischen Instituten zu verschmelzen.[1]) So konnte nach älterem französischen Rechte jeder Teil einen Kauf solange widerrufen, bis der Verkäufer den Kaufpreis oder der Käufer die Gewere an der verkauften Sache erhalten hatte. Die Verhältnisse lagen also ähnlich wie bei den römischen Innominatkontrakten: die Verpflichtung zur Leistung war von der erfolgten Gegenleistung abhängig.

Als man nun mit dem römischen Rechte die verbindliche Kraft des Konsenses rezipierte, gab man dennoch beim Kaufe den alten Gedanken nicht auf, welcher die Abhängigkeit der Leistungen zum Ausdruck brachte. Die römische Konstruktion fand wegen ihrer Unbilligkeit keinen Anklang; der Kausalnexus der gegenseitigen Obligationen wurde auch theoretisch festgehalten. So kam man leicht dazu, zwar jeden Kontrahenten von vornherein zu verpflichten, ihm aber die Aufhebung des Vertrages zu gestatten, wenn der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllte.

Dasselbe Prinzip übertrug man allmählich auf alle synallagmatischen Verträge, und in dieser Allgemeinheit fand es seinen schließlichen Ausdruck im Code civil, Art. 1184:

„La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie, envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

[1]) Vgl. Warnkönig und Stein, Französische Rechtsgeschichte II S. 563; Lehmann, Ausweitung S. 56 ff.

La résolution doit être demondée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

Der synallagmatische Vertrag gilt demgemäß als unter der auflösenden wechselseitigen Bedingung gehöriger Erfüllung der Gegenseite abgeschlossen (sog. lex commissoria tacita ex lege). Tritt aber der Fall der Bedingung ein, so wirkt sie nicht ipso iure, vielmehr steht es dem nichtsäumigen Kontrahenten frei, Erfüllung oder Auflösung des Vertrages nebst Schadensersatz zu verlangen.

Damit ist der Code civil allerdings sehr weit gegangen: die bloße objektive Verzögerung der Leistung genügt schlechthin, um dem Gläubiger die Auflösung des Vertrages zu ermöglichen. Doch sind die Härten, die hierin für den Schuldner liegen können, wenigstens dadurch gemildert, daß die Auflösung nicht durch einseitigen Rücktritt, sondern nur durch Richterspruch erfolgen kann, wobei es dem Richter freisteht, dem Schuldner noch eine angemessene Nachfrist zu bewilligen. Andererseits muß allerdings wieder diese Notwendigkeit, die Auflösung des Vertrages im Wege der Klage herbeizuführen, als eine lästige Behinderung des Gläubigers erscheinen; „sie macht die Sache nur weitläufig und hält den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes ohne Not nur auf".[1])

Auffallend ist es, daß neben der Auflösung des Vertrages noch ein Interesseanspruch zugelassen ist, trotzdem derselbe doch gerade den Bestand des Vertrages voraussetzt. Indessen wird man hierin nicht geradezu einen Verstoß gegen die juristische Logik erblicken können,[2]) wie Pauli es tut.[3])

Das eine aber darf jedenfalls als sicher gelten: mit der Einführung des Rücktrittsprinzips überhaupt hat das französische Recht einen glücklichen Griff getan.

---

[1]) Gelpcke, Zeitschr. I S. 7.

[2]) Vgl. hierzu unten S. 60 Anm. 1.

[3]) Pauli, Archiv S. 125.

V. Teil.

Das preußische allgemeine Landrecht.

§ 15. Standpunkt des preußischen Landrechtes.

„Die Rechtsanschauung der modernen Völker . . . . läßt sich durch die Einheit des materiellen Grundes beider Obligationen bestimmen, das ganze Rechtsverhältnis als eine Einheit aufzufassen.“ [1])

Diese Anschauung vom Wesen des synallagmatischen Vertrages hat auch das preußische Landrecht zur Geltung gebracht. Es hat sich von der unnatürlichen romanistischen Doktrin freizumachen gewußt, um sich dem herrschenden Rechtsbewußtsein anzupassen. Wir sehen hier den unverkennbaren Einfluß des französischen Rechts.

Die Grundsätze des römischen Rechtes, in welchen die Unabhängigkeit der beiderseitigen Obligationen zum Ausdrucke kommt, sind beseitigt: [2]) es gibt keine negotia claudicantia mehr; [3]) der Käufer trägt nicht mehr die Gefahr vor der Übergabe der Sache; [4]) der Beklagte, welcher die noch nicht erfolgte Vorleistung des Klägers behauptet, macht damit keine exceptio mehr geltend, sondern bestreitet den Klagegrund. [5])

Wir sehen, im preußischen Landrechte ist der Grundsatz, welcher die Abhängigkeit der Obligationen des synallagmatischen Vertrages betont, zur Anerkennung gebracht; und dieser Grundsatz hat auch dem Rücktrittsrechte beim Leistungsverzuge den Weg geebnet.

In dem ungedruckten Entwurfe war folgendes bestimmt:

§ 268. „Wenn der eine Teil vom Vertrage abgeht, so hat der andere die Wahl, ob er ein gleiches tun oder auf Erfüllung des Vertrages dringen wolle.“ [6])

---

[1]) Dernburg, Kompensation S. 61.

[2]) Dernburg, Preußisches Privatrecht II S. 114 ff.

[3]) A.L.R. I, 5 § 11.

[4]) A.L.R. I, 11 § 95.

[5]) A.L.R. I, 5 § 271.

[6]) Bornemann, Preußisches Zivilrecht II S. 638 ff.

§ 274. „Was in Ansehung des nicht gehörig erfüllten Vertrages bestimmt worden, das muß auch auf den Fall angewendet werden, wenn einer der Kontrahenten in Ansehung der Zeit, des Ortes oder einer anderen Nebenbedingung die Erfüllung des Vertrages verweigert."

Gegen die Bedenken, die hiergegen geltend gemacht wurden, sprach sich Suarez folgendermaßen aus:

„Es scheint mir bei contractibus onerosis, wo der Fall nur allein vorkommen kann, sehr billig und der Natur der Sache gemäß, daß, wenn der eine Teil mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit saumselig ist und also meine Erwartung, wozu ich aus dem Kontrakte ein Recht habe, nicht befriedigt, ich dagegen auch meines Orts an den Kontrakt nicht gebunden sein könnte, weil alsdann keine Läsion für den anderen, die doch allein den Grund der obligationis perfectae ad implementum pacti ausmacht, vorhanden ist." [1])

Diese von Suarez vertretene Theorie, welche völlig mit dem gemeinrechtlichen Prinzipe brach, war aber offenbar noch zu neu, um allgemein Beifall zu finden. So gelangte man dahin, die vorgenannte Bestimmung des Rücktrittsrechtes im ungedruckten Entwurfe auf den Fall zu beschränken, daß „der eine Teil die Erfüllung seiner im Kontrakt klar gegründeten Verbindlichkeiten unter zweifelhaften und einer weitläufigen Erörterung bedürfenden Ausflüchten verweigerte". Um aber auch der Möglichkeit einer schikanösen Auflösung des Vertrages wegen unbedeutender Erfüllungsmängel entgegenzutreten, modifizierte man noch die „klar gegründeten Verbindlichkeiten" in „klar gegründete Hauptverbindlichkeiten", und in dieser Fassung ging die Bestimmung in den gedruckten Entwurf über.

Nun aber erhoben sich viele Monita. Man fing an, die ganze Theorie für gefährlich zu halten. Diese Wirkung ist leicht erklärlich, wenn man die Verwicklungen ins Auge faßt, die im konkreten Falle durch die Frage entstehen

[1]) Bornemann, a. a. O.

mußten, ob denn eine Hauptverbindlichkeit und ob eine zweifelhafte Ausflucht vorgelegen habe. Diese Begriffe entbehrten aller Sicherheit und Bestimmtheit. Das Richtige wäre es gewesen, alle Beschränkungen des Rücktrittsrechtes wieder fallen zu lassen. Da man es aber im Laufe der Redaktion immer mehr verkürzt hatte, blieb man nun auf dem einmal eingeschlagenen Wege, und um die genannten Kompliziertheiten aus dem Wege zu räumen, gab man lieber das ganze Prinzip wieder auf und kehrte zum gemeinen Rechte zurück:

„Die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages berechtigt den anderen in der Regel noch nicht, von dem Vertrage wieder abzugehen.“[1])

Dieses Prinzip ist aber in der Tat von einer so großen Anzahl von Ausnahmen durchbrochen, daß sich gleichwohl der Fortschritt gegenüber dem gemeinen Rechte gar nicht verkennen läßt.

§ 16. Allgemeine Rücktrittsbestimmungen.

Es wird zunächst ein Unterschied gemacht zwischen Verträgen, deren Hauptgegenstand Sachen oder Rechte, und solchen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind.

I. Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Sachen oder Rechte sind, ist der Gläubiger in jedem Falle zunächst auf die Erfüllungsklage angewiesen.[2]) Doch kommen hier wiederum zwei Fälle in Betracht:

1. Sind die Parteien über den Inhalt des Vertrages überhaupt uneins[3]), so muß nach Maßgabe des Urteils Erfüllung geleistet und angenommen werden.

2. Ist dagegen der Inhalt des Vertrages klar, begründet jedoch der Beklagte seine Erfüllungsweigerung

[1]) A.L.R. I, 5 § 393.

[2]) A.L.R. I, 5 §§ 394—407.

[3]) Nach Bornemann, a. a. O. S. 647 ff. genügt die subjektive Uneinigkeit; Graevell, Generaltheorie S. 320 ff. verlangt den Mangel der objektiven Klarheit des Vertrages.

damit, daß der andere Teil seinerseits nicht gehörig erfüllt habe oder erfüllen könne, so kommt es auf den Ausfall der Entscheidung an:

a) Wird der Weigerungsgrund rechtskräftig verworfen, so hat der Kläger nunmehr die Wahl, entweder Erfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. In beiden Fällen muß der säumige Teil außerdem das Verzugsinteresse prästieren.

b) Wird der Weigerungsgrund rechtskräftig für erheblich erklärt, so hat nunmehr der Weigernde seinerseits die Wahl, entweder den Vertrag nach Maßgabe des Urteils zu erfüllen oder zurückzutreten. Dagegen hat er in keinem Falle einen weiteren Interesseanspruch.

c) Werden die Weigerungsgründe zum Teil begründet, zum Teil unbegründet befunden, so kann in der Regel kein Teil zurücktreten. Doch steht es dem Richter frei, dem einen Teile den Rücktritt vorzubehalten, wenn er findet, daß dem anderen Teile in Ansehung der Weigerungen das Übergewicht der Schuld zur Last fällt.

d) Endlich kann derjenige Teil, zu dessen Gunsten das Urteil erster Instanz ergeht, wenn er die weiteren Instanzen vermeiden will, sogleich zurücktreten. Einen weiteren Interesseanspruch hat er aber in diesem Falle nicht.

Mit den vorstehenden höchst kasuistischen Bestimmungen hat das preußische Landrecht wenig Beifall gefunden.

Daß die Zulassung des Rücktrittes auf Grund eines erstinstanzlichen, möglicherweise irrtümlichen Urteils eine offensichtliche Ungerechtigkeit enthält, bedarf keiner Erwähnung.

Der § 402 (s. oben c) ist von der Praxis gar nicht beachtet worden. Daß solche subtile Nuancen im praktischen Leben keinen Boden finden konnten, ist wohl begreiflich.

Schließlich aber muß überhaupt die ganze Behandlungsweise, welche das Rücktrittsrecht in den §§ 393—407 erfahren hat, als verfehlt gelten.

Mag es auch vielleicht richtig sein, daß der Kläger durch möglicherweise schikanöse Mängelrügen des Beklagten eher hingezogen werden kann, als durch einen Streit, der

sich nur auf den Inhalt des Vertrages bezieht, und mag es daher auch besonders gerechtfertigt erscheinen, daß man dem Kläger in dem erstgedachten Falle, wo ihm nach Verlauf eines langen Prozesses die Leistung schon längst nutzlos geworden sein kann, ein Rücktrittsrecht gewährt[1]), so hat man dabei doch einen wichtigen Umstand vergessen: „Haben die Kontrahenten einmal den Prozeß, welcher der Befugnis zum Rücktritt vorhergehen muß, durchgemacht, so ist ihnen die möglichst schnelle Erfüllung des Vertrages wünschenswerter als ein nochmaliger weitaussehender Prozeß wegen Restitution der Sache und der inzwischen vorgefallenen Verbesserungen und Verschlimmerungen.“[2])

Daß die Parteien unter der Herrschaft des preußischen Landrechtes so selten von der ihnen gewährten Befugnis zurückzutreten Gebrauch gemacht haben, liefert hierfür ausreichenden Beweis.

Die Notwendigkeit eines vorhergehenden Prozesses, das ist der Krebsschaden, an dem das Rücktrittsrecht der vorgedachten Bestimmungen zu leiden hat. Die Nutzlosigkeit der Leistung, die nach gemeinem Rechte vorliegen mußte, kehrt freilich im Landrecht als Voraussetzung der Rücktrittsbefugnis nicht mehr wieder. Aber gerade eines der schlimmsten Übel, welches die gemeinrechtliche Voraussetzung im Gefolge hatte, die Notwendigkeit der Erfüllungsklage, wurde nun im Landrecht dennoch beibehalten.

II. Doch schon oben haben wir darauf hingewiesen, daß der Fortschritt des A.L.R. gegenüber dem gemeinen Rechte gar nicht verkannt werden darf.

So ist der einseitige Rücktritt im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung zugelassen[3]) bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind.[4]) Ja, hier ist das Landrecht

[1]) Vgl. Bielitz, Kommentar I S. 737 ff.

[2]) Bornemann, a. a. O. S. 651.

[3]) A.L.R. I, 5 §§ 408—410.

[4]) Bei Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegeneinander versprochen werden, kann jeder Teil

sogar noch weitergegangen. Denn jeder Teil kann mit der bloßen Behauptung, daß der andere bisher nicht genügend erfüllt habe oder daß er nicht erfüllen könne, ohne weiteres vom Vertrage wieder abgehen; nur tut er dies auf seine Gefahr und ist daher im Falle grundlosen Rücktrittes zum Schadensersatze verpflichtet.

Wir haben also in der vorliegenden Rücktrittsbefugnis eine eigenartige Mischung dinglicher und obligatorischer Elemente: der Rücktritt ist mit voller dinglicher Wirksamkeit auch dann möglich, wenn ein gerechtfertigter Grund zurückzutreten nicht gegeben ist, aber jeder Teil ist dem anderen gegenüber verpflichtet, ohne einen solchen Grund nicht zurückzutreten, so daß die Verletzung dieser Pflicht einen persönlichen Interesseanspruch begründet. Ist andererseits der Rücktritt gerechtfertigt, so kann der Zurücktretende außerdem noch Ersatz für den bis zum Zeitpunkte des erklärten Rücktrittes wirklich entstandenen Schaden (damnum emergens) verlangen.[1])

---

sofort zurücktreten, wenn der andere Teil die Erfüllung weigert. (A.L.R. I, 11 § 878). Hierzu gehören auch die Verträge mit Lieferanten (A.L.R. I, 11 § 981).

Bestritten ist das Verhältnis von A.L.R. I, 11 § 878 zu A.L.R. I, 5 § 408 (vgl. Gruchot, Beitr. z. pr. R. III S. 158).

[1]) Gruchot (Beiträge III S. 156) behauptet, daß der § 408 überhaupt kein Rücktrittsrecht ausspreche. Vielmehr geben nach seiner Ansicht die §§ 409 und 410 klar zu erkennen, „daß wir es hier gar nicht mit der Aufhebung der Vertragsobligation, sondern umgekehrt mit der Geltendmachung ihrer Wirksamkeit, nämlich mit dem von dem säumigen Schuldner an der Stelle der verweigerten Erfüllung zu leistenden Interesse zu tun haben.“ Förster-Eccius teilt diese Ansicht (Preuß. Privatrecht I S. 533). Es ist ferner in vielen Dissertationen (Eiswaldt, Rücktritt S. 31/32; Türcke, Rücktritt S. 20, 24, 29; Schüler, Rücktrittsrecht S. 29, 32), man möchte fast sagen, das Axiom aufgestellt, daß überall, wo außer dem Rücktritt noch ein Interesseanspruch gewährt sei, in Wahrheit gar kein Rücktritt vorliege. Die Tatsache des Interesseanspruches soll ein unzweifelhafter Beweis für die Fortdauer des Vertrages sein. Dieser Standpunkt ist m. E. nicht zu billigen. Man kann freilich zugeben, daß theoretisch genommen Rücktritt

und Interesseanspruch sich ausschließen, da jener den Vertrag zur Auflösung bringt, dieser den Bestand des Vertrages voraussetzt. Was daher den § 408 angeht, so wäre es allerdings konsequent gewesen, dem Gläubiger den Rücktritt und den Interesseanspruch wegen Nichterfüllung lieber alternativ zur Wahl zu stellen. Hat nun aber der Gesetzgeber gleichwohl neben dem Rücktritt einen Interesseanspruch zugelassen, so folgt daraus doch nichts weiter, als daß er inkonsequent gehandelt hat. Es ist aber nicht abzusehen, wie dadurch der Rücktritt in Verbindung mit dem daneben-stehenden Interesseanspruch sich geradezu in einen Interesse-anspruch wegen Nichterfüllung überhaupt verwandeln solle. Da der Rücktritt befähigt ist, ganz andere Wirkungen hervorzubringen als der bloße Interesseanspruch, indem er nämlich in jedem Falle die Restitution des etwa schon Geleisteten ermöglicht, so wird sich der § 408 durch einen bloßen Interesseanspruch niemals restlos erklären lassen. Will man aber eine Grundlage für den daneben-stehenden Interesseanspruch finden, so ist man gar nicht darauf angewiesen, ihn als Anspruch ex contractu aufzufassen; er ist eben einfach ein Anspruch ex lege, wenn auch vielleicht diese lex auf einem theoretischen Irrtume des Gesetzgebers beruhen mag. Indessen es besteht m. E. auch eine gewisse Möglichkeit, den Anspruch auf ein weitergehendes Interesse sogar theoretisch zu halten, und zwar dadurch, daß man ihn ex delicto qualifiziert. Denn der säumige Teil hat nicht nur seine obligatorische Pflicht verletzt, sondern, indem er die Aufhebung des Vertrages veranlaßt hat, hat er das ganze Forderungsrecht des anderen Teiles überhaupt mit dinglicher Wirkung zerstört. Es handelt sich also gar nicht um einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern wegen Zerstörung der Obligation. Dem steht nicht entgegen, daß die Aufhebung des Vertrages unmittelbar auf eine Handlung des Gläubigers zurückführt. Denn wenn mich jemand durch Betrug zu einer Handlung veranlaßt, die mich schädigt, so bin ich ebenfalls die unmittelbare Ursache dieser Handlung, kann aber dennoch ex delicto klagen. Von einer Unterbrechung des Kausalzusammen-hanges ist eben nur dann zu sprechen, wenn die unmittelbar beschädigende Handlung auf einer ganz unabhängigen Kausalreihe beruht. Aber ebenso wie der Betrug selbst den Entschluß der Handlung veranlaßt, so ist es auch die Nichterfüllung des Ver-trages, die den Entschluß zurückzutreten ins Leben ruft. Es kann also auch hier genügen, daß der schuldige Teil eine Ursache gesetzt hat und, was das Wesentlichste ist, den schädigenden Erfolg, nämlich die Aufhebung des Vertrages, vorauszusehen vermochte (vgl. auch § 628 Abs. 2 B.G.B.). Diese vielleicht mögliche theoretische Begründung des Interesseanspruches soll

Als Ursachen der hier gewährten Rücktrittsbefugnis kommen folgende Momente in Betracht:[1])

1. auf Seiten des Bestellers:

a) dem Besteller würde eine spätere Annahme der Leistung gewöhnlich doch nichts mehr nützen, da Handlungen in den meisten Fällen einem gegenwärtigen Bedürfnisse abhelfen sollen;

b) der Besteller könnte durch einen Prozeß die Leistung der Handlung doch nicht erzwingen, da hier die unmittelbare Exekutive versagt;

2. auf Seiten dessen, der die Handlung leisten soll:

würde er sie wegen nicht gehöriger Erfüllung des anderen Kontrahenten zunächst verweigern und den Ausgang eines Prozesses abwarten, so könnte er bis dahin über seine Person möglicherweise nicht anderweit verfügen, da Handlungen meistenteils mit der Person dessen, der sie ausführen soll, untrennbar verknüpft sind. Er würde also „auf eine höchst präjudizierliche Weise in dem freien Gebrauch seiner Kräfte gehindert werden."[2])

---

seine Verbindung mit dem Rücktrittsrechte keineswegs als empfehlenwert charakterisieren. Denn es mag immerhin wenig empfehlenswert erscheinen, in das Vertragsrecht deliktische Gesichtspunkte hineinzumischen. Aber darauf wollten wir hinauskommen, daß nicht einmal ein theoretischer Irrtum des Gesetzgebers, geschweige denn ein bloß technischer Mißgriff es gestattet, das Vorhandensein eines Rücktrittsrechtes, welches der § 408 nun einmal unzweideutig statuiert, überhaupt zu bestreiten.

Ganz abgesehen von diesen allgemeinen Erwägungen widerlegt sich die Meinung Gruchots gerade mit Beziehung auf § 408 schon dadurch, daß der Anspruch auf das übersteigende Interesse gemäß §§ 277 bis 291 h. t. von einem Verschulden abhängig ist, während zum gerechtfertigten Rücktritte der objektive Erfüllungsmangel hinreicht. Daß es sich im letzteren Falle um keinen Interesseanspruch handelt, kann folgeweise keinem Zweifel unterliegen.

[1]) Vgl. Bornemann, a. a. O. S. 644; Grävell, a. a. O. S. 162, 319; Bielitz, a. a. O. I S. 743; Gruchot, a. a. O. S. 157.

[2]) Bornemann, a a. O. S. 644.

§ 17. Besondere Rücktrittsbestimmungen.

Wir finden ferner bei wichtigen benannten Verträgen die Befugnis zum einseitigen Rücktritt ausgesprochen, und zwar kommen hier namentlich in Betracht: der Werkvertrag, der Miet- und Pachtvertrag und der Kaufvertrag.

I. Beim Werkvertrage[1]) kann der Besteller sofort zurücktreten, wenn das Werk zu der ausdrücklich bestimmten Zeit durch die Schuld des Werkmeisters oder einen in dessen Person eingetretenen Zufall nicht abgeliefert wird.

II. Beim Miet- und Pachtvertrage[2]) kann der Mieter bezw. der Pächter unter Verweigerung der Annahme der Sache zurücktreten, wenn diese ihm nicht in brauchbarem Zustande überliefert wird. Diese Vorschrift muß auf den Fall nicht rechtzeitiger Überlassung analoge Anwendung finden.[3])[4])

III. Beim Kaufvertrage:

1. kann der Verkäufer vor der Übergabe zurücktreten,

a) wenn es sich um bewegliche Sachen unter 50 Talern handelt und die Abholung der Ware seitens des Käufers nicht zur bestimmten Zeit erfolgt,[5])

b) bei allen Käufen, wenn der Käufer den Preis nicht zahlt, den er bedungenermaßen bei der Übergabe zu leisten hatte;[6])[7])

---

[1]) A.L.R. I, 11 § 938.

[2]) A.L.R. I, 21 § 273.

[3]) Dernburg, Preußisches Privatrecht II S. 470.

[4]) Nach § 298 h. t. berechtigt der Rückstand zweier Termine den Vermieter bezw. Verpächter, den Kontrakt zu kündigen. Hier ist allerdings der Fortschritt gegenüber dem gemeinen Rechte nur ein gradueller, da schon nach gemeinem Rechte die Kündigung wenigstens beim Rückstande zweier Jahre zulässig war (s. oben S. 23).

[5]) A.L.R. I, 11 § 229.

[6]) A.L.R. I, 11 § 230.

[7]) Nach der herrschenden Ansicht beschränkt sich der § 230 nicht auf Käufe von Mobilien unter 50 Talern, trotzdem er an den § 229 mit dem Wörtchen „ebenso" anknüpft; er bezieht sich vielmehr auf Käufe jeder Art. (Koch, Forderungen III S. 771; Dernburg, Preußisches Privatrecht II S. 417.)

2. der Käufer kann vor der Übergabe der verkauften Sache zurücktreten,[1]) wenn der Verkäufer sich ausdrücklich verpflichtet hatte, ein bestimmtes Maß, ein bestimmtes Gewicht oder eine bestimmte Zahl in Ansehung der Sache zu gewähren und die betreffende Quantität bei der Übergabe nicht vollständig vorhanden ist. Er darf jedoch nicht zurücktreten, wenn die Nachlieferung noch innerhalb der für die Übergabe bestimmten Zeit erfolgen kann. —

Wir sehen, daß auch für benannte Verträge der Rücktritt beim Leistungsverzuge in beträchtlichem Umfange anerkannt ist.

§ 18. Ergebnis.

Ziehen wir nun aus den dargestellten Bestimmungen des preußischen Landrechts das Fazit, so ergibt sich, daß die Unzulässigkeit des Rücktrittes zwar als die allgemeine theoretische Regel aufgestellt, diese Regel jedoch tatsächlich von einer außerordentlich großen Zahl von Ausnahmen durchbrochen ist, „und die Praxis hat von ihr nachgerade so viel abgeschliffen, daß, wenn auch faktisch die Klage auf Erfüllung, wie es in der Natur der Sache liegt, die Regel bildet, doch der Geltung dieser Regel als gesetzlichen Prinzips der Boden genommen ist.“[2])

Der Fortschritt, den die Entwicklung des Rücktrittsrechtes im Allgemeinen Landrechte genommen hat, sollte denn auch für die künftige Entwicklung bestimmend sein.

VI. Teil.

§ 19. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Schon in der Praxis des gemeinen Rechtes machte sich eine Reaktion geltend gegen die herrschenden Grundsätze über die Verzugswirkungen beim gegenseitigen Vertrage, die den Bedürfnissen des modernen Verkehrs nicht mehr

[1]) A.L.R. I, 11 §§ 207—210.
[2]) Pauli, Archiv VI S. 124.

gewachsen waren. Allerdings handelt es sich hier nur um vereinzelte Fälle; aber sie geben doch ein genügendes Zeugnis von dem Rechtsgefühle, das sich zu regen begann.

Das O.A.G. zu Lübeck[1]) gibt in einer Entscheidung des Jahres 1849 dem Käufer schlechthin das Recht, wegen Mora des Verkäufers vom Vertrage zurückzutreten. Dasselbe Gericht[2]) spricht in einer Entscheidung des Jahres 1832 mit Bezug auf den Kaufvertrag von dem Grundsatze, „daß der in Verzug versetzte Kontrahent von dem anderen schlechthin auf Leistung des Interesse belangt werden kann, so daß der letztere nicht darauf beschränkt ist, auf Erfüllung mit Berechnung des etwaigen akzessorischen Interesse zu klagen".

Das Bedürfnis, von der Voraussetzung der Nutzlosigkeit der Leistung zu abstrahieren, mußte sich notwendig am Dringendsten im Handelsverkehre bemerkbar machen. Denn hier kommt es so sehr auf pünktliche Erfüllung an, daß im allgemeinen jeder Verzug die geschuldete Leistung nutzlos macht und das Erfordernis, die Nutzlosigkeit noch besonders zu erweisen, als eine lästige Fessel erscheinen muß.

In diesem Sinne äußert sich Gelpcke:[3])

„Die Beweglichkeit, die Schnelligkeit und die Veränderlichkeit der Handelsverhältnisse, der in den wichtigsten Handelskonjunkturen oft plötzlich eintretende große Umschlag, die Hauptbedingung des Bestehens und der Sicherheit eines soliden Verkehrs, Treue und guter Glaube machen in der Handelswelt die prompte Erfüllung aller Verbindlichkeiten unerläßlich notwendig. Eine rechtzeitige Leistung ist stets als die gleichsam ausdrücklich vorbedungene, allein annehmbare Leistung anzusehen. Eine später angebotene Erfüllung ist gar keine Erfüllung. Die Verletzung dieser Grundlage aller Geschäfte stellt sich als ein Bruch des ganzen ein-

[1]) Seuffert, Entscheidungen III, 164.
[2]) Seuffert, Entscheidungen II, 154.
[3]) Gelpcke, Zeitschr. I S. 5.

gegangenen Rechtsverhältnisses unter den Kontrahenten von seiten des einen Teiles dar, der dem anderen das Recht geben muß, den Vertrag durch den Rücktritt von demselben aufzulösen und das aus der Nichterfüllung für ihn entstehende Interesse als Entschädigung geltend zu machen. ...“

So war denn das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch in erster Linie berufen, den immer dringender auftretenden Postulaten des Verkehrs gegenüber Stellung zu nehmen.

In den Art. 354—359 H.G.B. hat die bisherige Spannung zwischen Recht und Bedürfnis eine befriedigende Lösung gefunden.

Zunächst brachte der preußische Entwurf[1]) folgende Bestimmung in Vorschlag:

„Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher von seiten eines oder von seiten beider Teile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzug ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, so hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern.“

Diese Bestimmung, welche offensichtlich in Anlehnung an Art. 1184 des Code civil entstanden ist, fand in erster Lesung energischen Widerspruch.[2]) Mit Recht wurde die Einmischung des Gerichts als überflüssig und schädlich bezeichnet. Es handle sich, wurde hervorgehoben, um die Alternative, daß der Richter entweder seine Entscheidung ohne Gehör des Gegners fällen oder daß er zuvor den Gegner hören solle. Nun könne eine Entscheidung ohne Gehör des Gegners natürlicherweise nur auf Gefahr des beantragenden Gläubigers erfolgen und sei daher gegen-

[1]) Pr. Entw. Art. 250.

[2]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 627.

über dem einseitigen Rücktritte eine bloße Formalität. Soll aber der Gegner zuvor gehört werden, so werde hierdurch eine Verzögerung bewirkt, die dem Interesse des Kaufmanns durchaus gefährlich sei. Dem ganzen Rücktrittsrechte, das gerade dazu berufen sei, eine schnelle Abwickelung zweifelhafter Obligationsverhältnisse zu bewirken, würde auf diesem Wege wieder ein gutes Stück seiner Energie genommen werden.

So wurde denn auch der Art. 250 des preußischen Entwurfes abgelehnt.

Indessen gab es in allen drei Lesungen noch harte Kämpfe, ehe die außerordentlichen Verzugswirkungen sich durchsetzen konnten.

Sie gelten für den Handelskauf und gemäß Art. 338 H.G.B. für solche Handelsgeschäfte, deren Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht.

Der Art. 355 gibt dem Käufer beim Lieferungsverzuge des Verkäufers ein dreifaches Wahlrecht, und zwar:

1. das Recht, Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen,
2. das Recht, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen,
3. das Recht, von dem Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Das entsprechende Wahlrecht hat nach Art. 354 der Verkäufer beim Zahlungsverzuge des Käufers, hier jedoch abhängig von der Voraussetzung, daß die Ware noch nicht übergeben ist. Diese Besonderheit erklärt sich offenbar dadurch, daß im Handelsverkehre der Käufer über die Ware, sobald diese übergeben ist, meistens sogleich anderweit disponiert und der Anspruch auf Restitution infolgedessen zu gewissen Härten führen würde, ja vielfach sich überhaupt nicht durchführen ließe.

Von einem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nach der Übergabe natürlich schon deswegen

keine Rede mehr sein, weil er, auf eine Geldleistung gerichtet, mit dem Anspruche auf Erfüllung nebst Verzugsinteresse identisch ist. Will der Verkäufer vor der Übergabe Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so muß er zuvor die Ware für Rechnung des Käufers verkaufen; er kann also nur den konkreten Schaden liquidieren.

Was nun die Natur der beiden dem nichtsäumigen Kontrahenten gegebenen außerordentlichen Rechte betrifft, so ist hervorzuheben, daß das H.G.B. neben dem Rücktrittsrechte keinen Anspruch auf ein weitergehendes Interesse zuläßt, vielmehr stellt es die Alternative auf: Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die hierauf bezüglichen Rechte schließen sich absolut aus. Damit ist zum ersten Male in der Geschichte des gegenseitigen Vertrages, wenn man von deliktischen Gesichtspunkten absieht, der Charakter des Rücktrittsrechtes richtig gewürdigt worden. Das H.G.B. behandelt den Rücktritt als ein Abgehen vom Vertrage, „gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre", und zieht daraus die Konsequenz, daß neben dem Rücktritt ein Schadensersatzanspruch keinen Platz finden kann. Denn dieser gründet sich gerade auf den Bestand des Vertrages „unter einer Modifikation der Geltendmachung der aus demselben folgenden Rechte", indem statt der Prinzipalleistung die Surrogatleistung gefordert wird.[1])

Sind somit nach H.G.B. vom theoretischen Standpunkte Rücktritt und Schadensersatz als etwas ganz Verschiedenes aufzufassen, so könnte man doch glauben, daß diese Unterscheidung insofern eine müssige sei, als ihr die praktische Bedeutung fehle. In der Tat wurde auch in der zweiten Lesung des Entwurfes eingewendet,[2]) dem Effekte nach sei das Rücktrittsrecht als ein Minus in dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung enthalten. Denn wer unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen dürfe, könne selbstverständlich auch

[1]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 4594.

[2]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 1409.

auf diesen letzteren Anspruch verzichten, und damit sei ja der Erfolg eines Rücktrittsrechtes gegeben.

Wir hatten bereits bei der Abhandlung des gemeinen Rechtes Gelegenheit, auf den Irrtum dieser Auffassung hinzuweisen. Wir kommen hier noch einmal kurz darauf zurück. Der Effekt eines Rücktrittsrechtes kann freilich durch den bloßen Schadensersatzanspruch immer dann erzielt werden, wenn der Gläubiger seinerseits noch nicht geleistet hat. Hat er aber schon geleistet, so tritt der praktische Unterschied der beiden Rechte deutlich hervor. Denn jetzt kann der Gläubiger, wenn er vom Vertrage abgeht, das Geleistete kondizieren und so möglicherweise mehr erhalten, als wenn er am Vertrage festhält und nur sein Interesse verlangt.[1]) Die Protokolle[2]) führen das Beispiel an, daß eine Ware um 1500 gekauft, inzwischen aber auf 1000 gefallen sei. Wenn nun der Käufer beim Vertrage festhält und Schadensersatz beansprucht, so geht seine Forderung nur auf 1000; wenn er dagegen den ganzen Vertrag aufhebt, kann er die geleisteten 1500 zurückverlangen.

Unter diesen Umständen muß die Behauptung Staubs[3]) befremdlich erscheinen, der Käufer dürfe als „ersten handgreiflichen Schaden" den vorausgezahlten Kaufpreis zurückfordern. Daß dies gegen den Sinn des Gesetzes verstößt, ergibt sich eben daraus, daß alsdann die Unterscheidung zwischen Rücktritt und Schadensersatz praktisch wertlos wäre.[4])

Will man die vorstehenden Bestimmungen des H.G.B. einer Kritik unterwerfen, so drängt sich zunächst die Frage auf, ob das an den Verzug geknüpfte Rücktrittsrecht nicht

---

[1]) Vgl. Hahn, Komm. II zu Art. 355 § 4.

[2]) Prot. z. H.G.B. S. 1409.

[3]) Staub, Komm. zu Art. 355 § 17.

[4]) Die Meinung Staubs teilt das Reichsoberhandelsgericht (24. S. 106 ff.). Zur Begründung werden die Protokolle herangezogen, die indessen, wie im Texte ausgeführt, gerade den entgegengesetzten Standpunkt vertreten.

Gelegenheit zu argen Mißbräuchen gebe. Hier kommen namentlich folgende Momente in Betracht:

1. Der nichtsäumige Teil könnte das Rücktrittsrecht dazu benutzen, um bei einer ganz geringen und ihm nicht weiter schädlichen Verzögerung von einem ihm nachteiligen Vertrage loszukommen.[1])

Dieses Bedenken erledigt sich jedoch durch die Bestimmung des Art. 356, welcher die Ausübung des Rücktrittsrechtes von der Voraussetzung abhängig macht, daß der nichtsäumige Kontrahent dem anderen sein Vorhaben anzeigt und ihm dabei eine den Umständen nach angemessene Frist gewährt, bis zu deren Ablauf die morae purgatio möglich ist.[2]) (Die gleiche Voraussetzung gilt auch für die Ausübung des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.)[3])

2. Der nichtsäumige Kontrahent könnte das Rücktrittsrecht dazu benutzen, um bei einem Verzuge, der nur einen Teil der Leistung betrifft, von dem ganzen ihm nachteiligen Vertrage loszukommen, trotzdem sein dem Vertrage entsprechendes Interesse an dem geleisteten Teile nicht beeinträchtigt ist.[4])

Aber auch hier ist vorgesorgt, indem der Art. 359 den Rücktritt auf den nichtgeleisteten Teil des Vertrages beschränkt, wenn sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, der Absicht der Kontrahenten oder der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes ergibt, daß die Erfüllung auf beiden Seiten teilbar ist.

---

[1]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 631.

[2]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 632, S. 1403.

[3]) Allerdings findet der § 356 auf Fixgeschäfte keine Anwendung; das kann jedoch hier nicht als Unbilligkeit erscheinen, da die pünktliche Einhaltung der Zeit von vornherein zu einem wesentlichen Bestandteil des Vertragsinhaltes selbst gemacht worden und folgeweise eine verspätete Leistung gar nicht mehr als Erfüllung anzusehen ist (vgl. Hahn, a. a. O. zu Art. 357 § 1).

[4]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 631.

3. Der nichtsäumige Kontrahent könnte, da ihm das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Wahl gestellt ist, die Mora zu seiner Bereicherung ausbeuten.[1]) So wird der Verkäufer, wenn der Preis der Ware gefallen ist, dieselbe für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz verlangen, da ihm das Behalten der Ware nachteilig wäre; wenn dagegen der Preis der Ware gestiegen ist, wird er zurücktreten, um durch Verkauf für eigene Rechnung einen höheren Gewinn zu erzielen.

Gegen dieses Bedenken läßt sich jedoch wiederum geltend machen, daß die Nachfrist dem säumigen Kontrahenten Gelegenheit zur morae purgatio bietet.[2]) Ist die Ware im Preise gestiegen, so wird sich der Käufer schon im eigenen Interesse Mühe geben, das Versäumte nachzuholen, um den Rücktritt zu verhindern; ist die Ware aber im Preise gesunken, so wird andererseits der Verkäufer selbst nicht zurücktreten wollen. Der Rücktritt wird also meistenteils gerade in den Fällen erfolgen, wo der Preis der Ware keine nennenswerten Schwankungen erfahren hat.

Daher ist ein Mißbrauch des Rücktrittsrechtes nicht zu befürchten.

4. Freilich läßt es sich nicht leugnen, daß Fälle vorkommen können, wo der Gläubiger auch nach dem Ablaufe der dem Schuldner gewährten Nachfrist sein Interesse an der Leistung noch nicht verloren hat, so daß er es nun in der Hand hat, durch den Rücktritt „seine Lage günstiger zu gestalten, als sie bei pünktlichster Vollziehung des Vertrages sein würde.“ [3]) Aber dieser vom Gesetze nicht beabsichtigte Erfolg ist eben nicht völlig auszuschließen und muß gegenüber den Nachteilen, welche das Erfordernis der Nutzlosigkeit der Leistung mit sich bringen würde, als das bei weitem kleinere Übel in Kauf genommen werden.

---

[1]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 1407.

[2]) Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 1408.

[3]) Regelsberger, Archiv 50 S. 35.

Bei der Vortrefflichkeit der Bestimmungen, welche das H.G.B. über die Verzugswirkungen beim gegenseitigen Vertrage normierte, konnte begreiflicherweise ein schließlicher Einfluß auf das Zivilrecht nicht ausbleiben. Denn Handelsrecht und Zivilrecht stehen doch schließlich auf dem gleichen juristischen Boden und umschließen nur innerhalb desselben ein verschiedenes Wirtschaftsgebiet. Da sich aber die handelsrechtlichen Verzugswirkungen gegenüber dem Zivilrecht nicht als bloße positivrechtliche Abweichung, sondern als prinzipielle Neuerung manifestierten, so mußte ihnen die ursprüngliche Tendenz innewohnen, den engen Rahmen ihres Herrschaftsbereiches zu durchbrechen und sich über das ganze Zivilrecht auszubreiten. Sie mußten diese Tendenz um so mehr bei sich führen, als sie im Grunde gar nichts spezifisch Kaufmännisches enthielten, indem sie gemäß Art. 277 H.G.B. beide Kontrahenten auch dann ergriffen, wenn auch nur auf seiten eines Kontrahenten ein Handelsgeschäft vorlag.[1])

VII. Teil.

§ 20. Einzelne deutsche zivilrechtliche Kodifikationen und Entwürfe.

1. Werfen wir nunmehr einen Blick auf die deutschen zivilrechtlichen Kodifikationen, die nach dem preußischen Landrechte zur Entstehung kamen, so finden wir allerdings, daß zunächst das österreichische B.G.B. vom Jahre 1811 das Prinzip des Erfüllungszwanges wieder aufnimmt.

Teil II, Hptstck. 17, § 919 enthält die Bestimmung:

„Wenn der eine Teil den Vertrag . . . . nicht zur gehörigen Zeit . . . . erfüllt, so ist der andere außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen oder einem ausdrücklichen Vorbehalte nicht berechtigt, die Aufhebung,

[1]) Vgl. Hachenburg, Gutachten S. 121.

sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern."

2. Ebenso erklärt das sächsische B.G.B. vom Jahre 1863 im § 868:

„Man kann nicht einseitig vom Vertrage zurücktreten und dessen Erfüllung verweigern, weil der Gegner noch nicht erfüllt hat."

Ausnahmen finden sich jedoch bei einzelnen benannten Verträgen. Auch das muß hervorgehoben werden, daß nach § 741 bei Forderungen auf vertretbare Sachen der Berechtigte, wenn der Verpflichtete in Verzug kommt, sogleich statt der Sachen deren Wert fordern darf.

3. Dagegen nimmt der Entwurf eines B.G.B. für Bayern vom Jahre 1860 bereits den französischen Rechtsgedanken auf. Art. 138 bestimmt:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil in der Erfüllung säumig, so hat der andere Teil die Wahl, ob er die Erfüllung oder Auflösung des Vertrages, Rückgabe des von ihm bereits Geleisteten und Schadensersatz verlangen will."

Die Auflösung erfolgt durch den Richter, der dem Beklagten auf Ansuchen eine angemessene Nachfrist zu bewilligen hat.

In den Motiven des Entwurfes wird in bewußtem Gegensatze zur gemeinrechtlichen Doktrin die theoretische Natur des synallagmatischen Vertrages im Sinne einer wirklichen Abhängigkeit der beiderseitigen Obligationen aufgefaßt.

4. Das Recht zum einseitigen Rücktritte gibt das schweizerische Obligationenrecht vom Jahre 1883 durch die Vorschrift des Art. 122:

„Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen, mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei."

5. Der Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationsrechtes stellt sich wieder vollkommen auf den Boden des gemeinen Rechts.

Er bestimmt nämlich im Art. 155:

„Beobachtet ein Vertragschließender die ihm obliegende Sorgfalt nicht und erfüllt er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig, so kann der andere Teil auf gehörige Erfüllung und auf Schadensersatz klagen.

Er ist nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht durch besondere Vereinbarung oder gesetzliche Vorschrift etwas anderes bestimmt ist."

In den Protokollen[1]) wird es als ein unbestritten richtiger Satz bezeichnet, daß der schuldige Teil immer nur verpflichtet sein könne, das Interesse auszugleichen, das der andere an der Erfüllung des Vertrages habe. Man kann schon aus dem Umstande, daß die vom preußischen Landrechte und neuerdings vom Handelsrechte vorgezeichnete Entwicklung mit keinem Worte zum Gegenstande der Diskussion gemacht wurde, deutlich erkennen, daß die Dresdener Kommission vollkommen im Banne der althergebrachten doktrinären Gesichtspunkte stand. Besonders interessant ist es aber, die Gründe zu lesen, welche dafür angegeben werden, warum trotz der angeblichen Selbstverständlichkeit des Erfüllungsprinzipes die besondere Hervorhebung der Unzulässigkeit des Rücktrittes nötig sei: es wird dies nämlich dadurch gerechtfertigt, daß häufig im Kreise der Laien, ja mitunter auch im Kreise der Juristen die irrtümliche Annahme eines durch den Verzug begründeten Rücktrittsrechtes anzutreffen sei; und diesem Irrtume müsse begegnet werden. Mit Recht erkennt Lehmann[2]) hierin das Bewußtsein, „daß das, was das Gesetz hier biete, der Volksmeinung widerstreite; man hätte es für gut gehalten, um dem Andrängen des natürlichen Rechtsbewußtseins Halt zu gebieten, hier noch eine warnende Barriere anzubringen".

[1]) Prot. z. Dresdn. Entw. S. 453 ff.

[2]) Lehmann, Ausweitung S. 52.

So ist denn der Dresdener Entwurf über den Standpunkt des gemeinen Rechtes um keinen Schritt hinausgelangt.

VIII. Teil.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

§ 21. Stellung des Entwurfes erster Lesung.

Der Entwurf erster Lesung eines B.G.B. für das Deutsche Reich schließt sich dem Dresdener Entwurfe an.

Der Redaktor des Teilentwurfes betont ausdrücklich:[1])

„Der Vertrag, die in ihm ausgesprochene und durch ihn erzeugte gegenseitige Willensbindung schließt an sich begrifflich den einseitigen Rücktritt eines Vertragschließenden von demselben aus."

Jeder Teil müsse notwendig bei dem Vertrage stehen bleiben und seine Verbindlichkeit erfüllen. Im Falle der Nichterfüllung der Gegenseite könne er nur auf Erfüllung bezw. das Erfüllungsinteresse klagen. Diese Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages entspreche der Natur der Sache, entspreche dem römischen und deutschen Recht.

Demgemäß bestimmt der § 360 des ersten Entwurfes:

„Erfüllt der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein anderes bestimmt ist."[2])

Was die abweichenden Vorschriften des französischen Rechtes, des preußischen Rechtes und des alten H.G.B. betrifft, so werden diese in den Motiven[3]) zwar erwähnt, hin-

[1]) Teilentw., II. Buch, I. Teil, Abschn. 1, Tit. 2, I, 3, zu §§ 1—3 S. 2.

[2]) Entw. I § 360.

[3]) Motive II § 360.

sichtlich ihrer Gründe aber nicht näher untersucht, und auch der Teilentwurf hat sich mit ihnen nicht sehr eingehend auseinandergesetzt.[1]) Dieser führt vielmehr den Art. 1184 des Code civil auf alte französische Gewohnheiten, die Rücktrittsbestimmungen des preußischen Rechtes auf eine mißverständliche Fortbildung des ius poenitendi bei den römischen Innominatkontrakten zurück, und vom H.G.B. wird gesagt, daß es zwar das einseitige Abgehen vom Vertrage gestatte, aber abgesehen von Fixgeschäften nur im Falle des Verzuges nach vorausgegangener Anzeige und Fristsetzung. Was den bayrischen Entwurf und das schweizerische Bundesgesetz betrifft, so wird lediglich die Tatsache erwähnt, daß sie abweichende Bestimmungen enthalten.

Die bisherige geschichtliche Entwicklung ist daher vom ersten Entwurfe keineswegs ausreichend gewürdigt worden.

Dennoch hat er sich der praktischen Notwendigkeit, die er in ihrer Allgemeinheit leugnete, in einzelnen konkreten Fällen nicht verschließen können.[2])

So gibt er für den Fall des Verzuges, zum Teil sogar schon für den Fall der objektiven Säumnis, das Recht zurückzutreten bei Pacht und Miete, Dienstvertrag und Werkvertrag.[3])

Auch bei Fixgeschäften soll die Säumnis des einen Kontrahenten den anderen ohne weiteres zum Rücktritte berechtigen.[4])

Ferner nimmt der Entwurf den gemeinrechtlichen Satz auf, daß dem Gläubiger, im Falle die Leistung infolge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, das Recht zustehe, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.[5])

[1]) Teilentwurf a. a. O. S. 3—5.
[2]) Teilentwurf a. a. O. S. 5.
[3]) Entw. I §§ 528, 529, 532, 566, 569.
[4]) Entw. I § 361.
[5]) Entw. I § 247 Abs. 2, § 369 Abs. 2.

Ein gewisser Fortschritt gegenüber dem gemeinen Rechte kann sogar darin gesehen werden, daß der Entwurf von der Voraussetzung der Nutzlosigkeit der Leistung absieht, wenn der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erlangt hat.[1]) Hier soll er die bezeichneten Rechte ohne weiteres geltend machen können, nachdem er dem Schuldner eine angemessene Frist mit der Androhung nachheriger Ablehnung der Leistung bestimmt hat und diese Frist fruchtlos verstrichen ist. Der Gläubiger soll nicht erst darauf angewiesen sein, zuvor den Weg der Zwangsvollstreckung zu beschreiten.[2])

Alle diese Fälle gelten aber im Sinne des Entwurfes als Ausnahmen von der Regel des § 360.[3])

§ 22. Beurteilung des Entwurfes.

Die reaktionäre Haltung des ersten Entwurfes hat allgemein zu einer tadelnden Kritik Veranlassung gegeben. Namentlich haben sich Hachenburg, Lehmann und Zitelmann gegen die Beschränkung des Rücktrittsrechtes mit großer Entschiedenheit ausgesprochen.[4])

Beim Kaufvertrage gibt selbst die schuldhafte Säumnis nach der Regel des § 360 kein Recht zurückzutreten, außer im Falle der Nutzlosigkeit der verspäteten Leistung, während beim Werkvertrage ein Rücktrittsrecht schon durch die objektive Verzögerung des Unternehmers begründet wird. Mit Recht stellt Hachenburg[5]) die Frage: „Wie soll man es jemand begreiflich machen, daß er, wenn er den Rock einschließlich Tuch beim Schneider bestellt, sogar im Falle des Verzuges nur ausnahmsweise das Rücktrittsrecht hat, daß aber, wenn er selbst

[1]) Entw. I § 243.

[2]) Motive II § 243.

[3]) Motive II § 360.

[4]) Lehmann, Ausweitung; Hachenburg, Gutachten; Zitelmann, Rechtsgeschäfte I S. 149.

[5]) Hachenburg, Gutachten S. 117.

den Stoff liefert, es nicht einmal des Verzugs hierzu bedarf?“

Auch darauf weist Hachenburg hin, daß für die Regel des § 360, die namentlich beim Kaufvertrag von Bedeutung sei, nur ein geringer Spielraum übrig bleibe, da die abweichenden Bestimmungen des Handelsrechtes schon dann zur Anwendung kommen, wenn nur auf seiten eines Kontrahenten ein Handelsgeschäft vorliege. „Der Gutsbesitzer oder Beamte kann vom Vertrage zurücktreten, wenn der Juwelier den bestellten Schmuck trotz Mahnung nicht schickt; der Baumeister, dem der Steinbruchbesitzer die verkauften Steine nicht liefert, bleibt dem bürgerlichen Rechte unterworfen und auf den Weg des § 369 Abs. 2 beschränkt.“ [1])

Für solche Unterscheidungen fehlt in der Tat jeder innere Grund.

In dieser Weise tritt schon die Regel des § 360 zu ihren Ausnahmen in ein offenbares Mißverhältnis. Was aber die Regel des § 360 in Verbindung mit § 369 Abs. 2, absolut genommen, angeht, so ist ihre praktische Unzulänglichkeit schon bei Gelegenheit der gemeinrechtlichen Entwicklung dargelegt worden.

„Wann es das Interesse des Gläubigers fordert zurückzutreten, muß er allein beurteilen; daß dies nur dann der Fall sein solle, wenn er die Leistung nicht mehr brauchen kann, heißt ihn bevormunden, heißt ihm vor allem eine Beweislast auflegen, die seine Lage verschlimmert.“ [2])

§ 23. Stellung des Entwurfes zweiter Lesung.

Der Entwurf zweiter Lesung hat denn auch den Standpunkt des ersten Entwurfes verlassen.

I. Er gibt im § 277 dem nichtsäumigen Kontrahenten das Recht, beim Leistungsverzuge des Schuldners nach

[1]) Hachenburg, a. a. O. S. 118.

[2]) Hachenburg, a. a. O. S. 119.

vorgängiger Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.[1])

Das Erfordernis mangelnden Interesses an der Leistung ist fallen gelassen. Man ging dabei von der Erwägung[2]) aus, daß der erste Entwurf den Grundsatz des § 360 bei den benannten Verträgen nicht hätte durchführen können, so daß er innerhalb dieser letzteren hauptsächlich auf Kauf und Tausch beschränkt bleibe. Gerade hier aber ergebe er die unbilligsten Konsequenzen, indem der Gläubiger stets gezwungen sei, die Erfüllungsklage anzustrengen, ehe er vom Vertrage loskommen könnte; die Härte dieses Zwanges trete besonders deutlich in den Fällen apriorischer Aussichtslosigkeit des Prozesses zutage. „Eine solche Regelung vertrage sich nicht mit dem im Volke lebenden Rechtsbewußtseine, dem der Grundsatz des gemeinen Rechts, daß der Verzug des Gläubigers nicht zum Rücktritt berechtige, stets fremdgeblieben sei.“ Es wurde ferner auf die vom A.L.R. angebahnte, vom H.G.B. fortgeführte Entwicklung hingewiesen und betont, daß gerade die Bestimmungen dieses letzteren, da sie nach ihrem Anwendungsgebiet keinen spezifisch kommerziellen Charakter trügen, zu einer zivilrechtlichen Verallgemeinerung hintendierten. Damit „sei die Änderung des gemeinen Rechts genügend vorbereitet; es handle sich nicht um einen Bruch mit hergebrachtem Rechte, sondern um einen Abschluß der bisherigen Rechtsentwicklung, womit dem Gewichte Rechnung getragen werde, welches der heutige Verkehr auf die rechtzeitige Erfüllung zu legen pflege“.

II. Festgehalten wurde an der vom H.G.B. statuierten formellen Voraussetzung, daß der nichtsäumige Kontrahent dem säumigen Schuldner seinen Entschluß, die Erfüllung abzulehnen, anzeigen müsse. Während jedoch das H.G.B. nur die Gewährung einer angemessenen Frist verlangte, stellt der Entwurf zweiter Lesung das Erfordernis einer ausdrücklichen Fristbestimmung auf.

[1]) Entw. II § 277.

[2]) Mugdan, Materialien II S. 641.

Die für das H.G.B. bestrittene Frage,[1]) ob sich der nichtsäumige Kontrahent zugleich mit der Anzeige bereits auf die Wahl einer der beiden außerordentlichen Befugnisse festzulegen habe oder nicht, ist vom Entwurfe im Sinne des zweiten Gliedes der Alternative entschieden worden; erst nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist braucht der Gläubiger zu wählen. Natürlich ist aber dann ebenso wie nach H.G.B. der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Die Notwendigkeit der Fristsetzung entfällt, wenn die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat. Durch diese Bestimmung ist eine Folgerung, welche nach dem H.G.B. aus dem allgemeinen Begriffe der Angemessenheit dahin gezogen werden mußte, daß bei mangelndem Interesse die angemessene Frist gleich Null ist, expressis verbis klargestellt worden. Eine Abweichung vom H.G.B. findet hier jedoch nach der Richtung hin statt, daß der Gläubiger dem säumigen Schuldner seinen Entschluß, die Leistung abzulehnen, auch nicht einmal anzuzeigen braucht; es wird vielmehr dem Schuldner die Initiative zugewiesen.[2])

III. Einer besonderen Regelung bedurfte der Fall, daß die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt ist.

Der § 277 Abs. 1 Satz 3 verweist hier auf die Vorschriften des § 276 (Gesetz § 325), betreffend die teilweise Unmöglichkeit, und macht dementsprechend das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten, von der Voraussetzung abhängig, daß die teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger kein Interesse hat.

Wie sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen über den Schadensersatz ergibt, kann der Gläubiger in jedem Falle Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung ver-

[1]) Vgl. Staub, a. a. O. zu Art. 356 § 5; Hahn, a. a. O. II zu Art. 356 § 5.

[2]) Vgl. Mugdan, a. a. O. S. 643.

langen. Wenn ferner der Gesetzgeber unter der erwähnten besonderen Voraussetzung den Rücktritt vom „ganzen Vertrage“ zuläßt, so ergibt sich e contrario, daß er ohne jene Voraussetzung den Rücktritt wenigstens hinsichtlich des nichtgeleisteten Teiles gestatten will. Der Gläubiger würde aber durch den Anspruch auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung sowie durch das Recht, vom Vertrage teilweise zurückzutreten, nicht genügend geschützt sein:

1. wenn er an dem geleisteten Teile kein Interesse hat,

2. wenn er zwar an dem geleisteten Teile, z. B. einer Anzahlung des Käufers, noch ein Interesse hat, andererseits jedoch die Teilung seiner eigenen Gegenleistung, die er bei einem teilweisen Abgehen vom Vertrage vornehmen müßte, entweder unmöglich wäre oder doch gegen sein Interesse verstieße; das letztere würde z. B. der Fall sein, wenn er von einer von ihm zu liefernden Maschine einzelne Teile zurückbehalten müßte, die in ihrer Absonderung für ihn keinen Wert hätten.

Hier sucht nun der § 277 Abs. 1 Satz 3 dem Gläubiger dadurch zu helfen, daß er ihm, wie erwähnt, die beiden außerordentlichen Rechte hinsichtlich der ganzen Verbindlichkeit bezw. hinsichtlich des ganzen Vertrages dann zugesteht, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Damit sind die beiden unter 1 und 2 genannten Fälle gedeckt;[1]) denn der Begriff der Erfüllung des Vertrages bezieht sich nicht nur auf die Leistung des Schuldners, sondern auf die beiderseitigen Leistungen, sowohl die des Schuldners als des Gläubigers.[2])

Inhaltlich hat sich sonach die betreffende Bestimmung des § 277 an Art. 359 H.G.B. a. F. angeschlossen.

IV. Daß für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verzug, d. h. schuldhafte Säumnis,

[1]) Vgl. Mugdan, a. a. O. S. 644.

[2]) Vgl. Planck, Komm. (1. Aufl.) II zu § 326 No. 1; Ebert in Fischer-Henle zu § 325; Kipp, Gutachten, S. 273 ff.

zur Voraussetzung gemacht wurde, war eine notwendige Konsequenz der allgemeinen Grundsätze über die Schadensersatzpflicht. Man hat jedoch an der gleichen Voraussetzung auch für das Rücktrittsrecht festgehalten. Man ging dabei von der Erwägung aus,[1]) daß der Gläubiger in dem Rücktritte ein Mittel habe, sich von einem ihm ungünstigen Vertrage zu befreien, auch wenn sein Interesse an demselben durch die Säumnis nicht die geringste Beeinträchtigung erfahren habe, während für den anderen Teil die Aufrechterhaltung des Vertrages von allergrößter Bedeutung sein könne. Eine solche Begünstigung des Gläubigers und Benachteiligung des Schuldners ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn die Säumnis des letzteren in einem Verschulden ihren Grund habe.

Aus diesen Erwägungen hat man das Erfordernis der subjektiven Mora auch für das Rücktrittsrecht aufrecht erhalten.

V. In Übereinstimmung mit dem Entwurfe erster Lesung und im Anschluß an das H.G.B. wird dem Gläubiger neben dem Rücktritte kein Anspruch auf ein weitergehendes Interesse eingeräumt. „Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre; hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht. Das Interesse des Gläubigers ist durch das Wahlrecht genügend gewahrt.“[2])

[1]) Mugdan, a. a. O. S. 642.

[2]) Motive II § 369.

Schluß.

§ 24. Bedeutung des § 326 B.G.B.

Der § 277 des Entwurfes zweiter Lesung kehrt mit einigen lediglich redaktionellen Änderungen im Gesetz als § 326 wieder.

Der § 326 B.G.B. hat der Wissenschaft noch eine Anzahl Streitfragen offengelassen:

1. Was zunächst den Inhalt der dem nichtsäumigen Kontrahenten eingeräumten Rechte betrifft, so herrscht auch heute noch keine Einigkeit darüber, ob in dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Befugnis zur Verweigerung der eigenen Gegenleistung enthalten ist: ob also der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse an die Stelle der beiderseitigen primären Verpflichtungen tritt, wobei der Wert der Gegenleistung nur einen Rechnungsfaktor bildet, oder ob jener Anspruch lediglich als Surrogat der schuldnerischen Prinzipalverpflichtung aufzufassen ist, welcher im übrigen die Verbindlichkeit des nichtsäumigen Kontrahenten zur Bewirkung der eigenen Gegenleistung nicht berührt.[1])

[1]) Bei der vorliegenden Streitfrage, die, rein logisch angesehen, vielleicht mehrere Lösungen zuläßt, wird man ohne Zweifel die Vorgeschichte des § 326 in die Wagschale werfen müssen. Wer die hier vertretene Auffassung teilt, daß das römische und gemeine Recht den Differenzanspruch als einen Fall des Schadensersatzanspruches gekannt haben, wird daher auch für das heutige Recht den Differenzanspruch bejahen können. Namentlich aber fällt ins Gewicht, daß in der neueren Rechtsentwicklung, nämlich im H.G.B. a. F., der Differenzanspruch einen festen Boden gewonnen hat und somit ein unmittelbarer Anknüpfungspunkt für das moderne Recht gegeben ist. Kipp hat in den Verhandlungen des Innsbrucker Juristentages von 1904 (S. 261 ff.) auf den Wert, den die Stellung des H.G.B. für die Entscheidung der Frage hat, nachdrücklich hingewiesen. Es ist dieser Fall wieder einmal ein Probierstein für die Wichtigkeit der historischen Methode, welche die Tatsachen zu Hilfe ruft bei einem Streite, den theoretische Waffen allein nicht entscheiden können.

2. Was ferner das Anwendungsgebiet des § 326 betrifft, so ist streitig, ob der Abnahmeverzug des Käufers, ob die positiven Vertragsverletzungen in seinen Bereich gehören.

3. Mit Beziehung auf die formellen Voraussetzungen für die Ausübung der beiden dem nichtsäumigen Kontrahenten eingeräumten außerordentlichen Rechte ist es zweifelhaft, ob durch Erfüllungsweigerung des Schuldners die Fristsetzung erübrigt wird.

Hat sonach der § 326 keine völlig eindeutige Rechtslage geschaffen, so teilt er doch damit nur das Schicksal einer jeden größeren legislativen Neuerung, bei der es sich einerseits nicht empfiehlt, der Wissenschaft zu weit vorzugreifen, während es andererseits auch gar nicht möglich ist, alle die Modalitäten vorauszuberechnen, die das moderne Verkehrsleben in der Unerschöpflichkeit seiner Zeugungen hervorbringt.

Würdigt man aber den § 326 in seiner prinzipiellen Bedeutung, so kann man nicht anders urteilen, als daß er, theoretisch betrachtet, in einer gesunden Konstruktion des gegenseitigen Vertrages wurzelt[1]) und, praktisch genommen, einem der wichtigsten Bedürfnisse des Verkehres zur Befriedigung verholfen hat.

In diesem Sinne darf der § 326 B.G.B. als der glückliche Abschluß einer langen historischen Entwicklung gelten.

---

[1]) Die organische Verbundenheit der bilateralen Obligationen tritt mit besonderer Deutlichkeit im § 323 Abs. 3 hervor.

Lebenslauf.

Am 22. Oktober 1886 bin ich, Alfons Lasker, Sohn des verstorbenen Kaufmanns Sigismund Lasker und seiner Ehefrau Flora, geb. Bornstein, in Kempen i. P. geboren. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit, jüdischer Konfession. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Königl. König Wilhelms-Gymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf widmete ich mich an den Universitäten Breslau (5 Semester) und München (1 Semester) dem Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie, bestand am 18. Juli 1908 in Breslau meine erste juristische Staatsprüfung mit „Gut“ und am 30. Juli 1908 mein Rigorosum. Demnächst wurde ich zu meiner praktischen Ausbildung als Referendar dem Amtsgericht Schömberg i. Schl. überwiesen. Gegenwärtig bin ich am Landgericht Breslau beschäftigt.